شرح اكمل الهداية

الجزء الثاني من شرح المجمع للعيني

كتب فتاوى دن بر قطعه در

~~الجزء الثاني من الاختيار شرح المختار~~

على مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة

النعمان رضي الله عنه

بقدر [illegible] متونده طوتمك [illegible]

مسب [illegible]

[illegible]

قيمة [illegible]

دخل في نوبة الفقير الى الله تعالى الامير الحاج عثمان

كتخدا عزبان سابقا من الشيخ رزق الكتبي في يوم

الثلاث عاشر ربيع اول ١١٧٤

هـ ع ٦٦

٢١٤٧

كتاب الوقف

الوقف جائز ولزومه بالقضاء او بعد الموت اذا علقه به وقالا هو لازم مطلقا فيخرجه عن ملكه بقوله وعند تسليمه الى الولي وشرطه ويجيزه في المشاع ومنعه فيما يحتمل القسمة ولا يجوز في المسجد والمقبرة ويجيز شرط المنفعة والولاية لنفسه وخالفه فيهما ويجيز من غير ذكر التأبيد ومنعه الا بالتأبيد وان لم يسمه الوقف عند ابي حنيفة رضي الله عنه هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وقيل لا يجوز اصلا لان المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يتصور والصحيح انه جائز عنده بمنزلة العارية الا انه غير لازم حتى جاز له تمليكه ويورث عنه ولزومه بحكم الحاكم دون المحكم ففيه اختلاف المشايخ لان حكم الحاكم صادف مختلفا فيه فيعتمد وينفذ ولا يلزم لقاض آخر ابطاله او بالتعليق بالموت فيلزم بعد الموت لا قبله وهذا هو الصحيح لانه بمنزلة الوصية كلزوم الوصية بعد الموت ولا يلزم على هذا ان الملك اذا كان باقيا فيه الى الموت والمانع انتقاله الى الوارث لانا نقول المانع منه تعلق حق الغير من جهة وصول ثوابه اليه بعد الموت على الدوام وعندهما لازم من غير حكم الحاكم ولا تعليق بموته وهو حبس في قوله مطلقا لان الحاجة ماسة الى لزومه ليصل ثوابه على الدوام والامكان قائم لانه ازالة الملك الى الله تعالى في رقبة الموقوف لجهة مخصوصة فيصح كالاعتاق وكالمسجد اذا عزله عن ملكه وصلى فيه باذنه وله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس ولان الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك دليل قيام الملك وتصرف الواقف فيه تصرف علاقته الى ... التولية عليه دليل قيام ملكه الا انه تصدق بالمنفعة فاشبه العارية بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد فانه جعله خالصا لله تعالى ولهذا انقطع الانتفاع به وقيل كان ابو يوسف يقول اولا بذلك الى ان سمع حديث عمر رضي الله عنه فرجع فقال لو بلغ هذا ابا حنيفة لرجع وهو ما رواه محمد بن الحسن عن صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر ان عمر رضي الله عنه كانت له ارض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال يا رسول الله اني استفدت مالا نفيسا افاتصدق به فقال تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمرته على المساكين فتصدق عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوي القربى ولا جناح على وليه ان ياكل منه بالمعروف او يوكل صديقا له غير متمول ثم اذا خرج الوقف عن ملك الواقف عندهما فقال ابو يوسف يزول بقوله جعلته وقفا وهو قول الأئمة الثلاثة وقال محمد بشرط التسليم الى الولي ومن فروعه لا يصح عنده

في مشاع يحتمل القسمة وان حكم به الحاكم جاز ولما لا يحتمل القسمة فالشيوع غير مانع عند محمد اعتبارا بالصدقة المنفذة واما المسجد والمقبرة فلا يجوز الشيوع فيهما لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ويقبح المهايأة فيهما بان يصلي في المسجد يوما ويسكن ويدفن في المقبرة شهرا ويزرع شهرا بخلاف غيرهما من الوقوف حيث يمكن الاستغلال فيهما فيقسم الغلة والخلاف في ذلك مبني على ان الوقف عند ابي يوسف بمنزلة الاعتاق لانه ازالة الملك لا الى احد تقربا الى الله تعالى كالعتق واسقاط الملك لا يتوقف على القبض ولا على الافراز وعند محمد رحمه الله هو هبة لله تعالى لجهة مخصوصة لان الواقف يتقرب به الى الله تعالى ويرجو الثواب منه والله تعالى مالك الاشياء كلها فلا يتحقق التمليك منه فجعل الجهة المخصوصة الا ان ينقطع عن الموقوف ما كان له من الاختصاص كالزكاة والصدقة فوجب الافراز والتسليم الى المتولي كما في المسجد والمقبرة من الزوائد واما شرط المنفعة لنفسه فجائز عند ابي يوسف وقال محمد وهلال الرازي لا يجوز وقيل الخلاف فيها مبني على اشتراط القبض والافراز وقيل بل هي مسألة مبتدأة ولا تفاوت في الخلاف بين ما اذا اشترط الكل لنفسه او البعض ثم يكون بعد موته للفقراء لمحمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك على ما مر واشتراط الكل او البعض لنفسه مبطل له لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة واشتراط قطعة من المسجد لنفسه ولابي يوسف ما روي انه عليه السلام كان ياكل من صدقته والمراد وقفه ولا يحل الاكل الا بالاشتراط فدل على جوازه ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا جعله لنفسه فقد جعل ما هو لله تعالى لنفسه لا انه ملك نفسه وذلك لا يجوز ونظيره ما اذا بنى خانا او سقاية او وقف مقبرة وشرط سكناه وشربه ودفنه واما شرط الولاية لنفسه فيجوز عند ابي يوسف وهو قول هلال وهو ظاهر المذهب ولا يصح عند محمد بناء على اشتراط التسليم عنده فاشتراط الولاية لنفسه ينافي شرط صحة الوقف وله ان متولي الوقف انما يستفيد الولاية عليه من جهة الواقف بشرطه ومن الولاية له في نفسه مستحيل ان يستفيدها غيره ولانه اقرب الناس فيكون اولى به كالمعتق اولى بالولاء واذا كان الواقف غير مأمون فللقاضي انتزاع الوقف منه نظرا للفقراء كما يخرج الوصي نظرا للصغار ولو شرط الواقف ان ليس لسلطان ولا لقاض عزله لا يلتفت اليه لكونه شرطا يخالف الشرع اما ذكر التأبيد فشرط عندهما وليس بشرط عند ابي يوسف وانما هذا الخلاف في ذكر التأبيد دون نفس التأبيد لان التأبيد شرط بالاجماع هو الصحيح وانما ذكر الخلاف في ذكره فقال ابو يوسف اذا ذكر جهة ينقطع جاز وكان بعدها للفقراء وان لم يسمهم لان لفظ الوقف والصدقة مبني على التأبيد لكونه اسقاطا كالعتق دون التمليك

كالاعتاق فيصرف عند انقطاع الجهة المعينة الى الفقراء لان كونه صدقة مقربة لا يحتمل
الا بذلك ولهما ان التصدق بالغلة يقع على وجه التابيد وقد لا يقع فلم ينصرف مطلقه فوجب
التنصيص ولان المقصود من الوقف انقطاع اختصاص الواقف له ولا يحصل ذلك الا بذكر
التابيد لان عند توهم انقطاعه لا يترتب على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت فيه مبطلا
له كالبيع قال ولانه دخله في ملك الموقوف عليه اذا صح الوقف خرج عن ملك المالك عندهما
على ما بيناه من الخلاف ثم لا يدخل في ملك الموقوف عليه قال في شرح الوجيز اما رقبة الوقف
فالمذهب منه نقله في المختصر هنا ان الملك فيها انتقل الى الله تع وفي قوله عم الى الموقوف عليه
وخرج قوله انه باق على ملك الواقف وقيل في الاول قطعا وقيل في الثاني قطعا وقيل ان كان على
معين ملكه قطعا وان كان على جهة انتقل الى الله قطعا وهذا كله لما وقف على شخص او جماعة
اما اذا جعل البقعة مسجدا او مقبرة فهو فك عن الملك كتحرير الرقيق فينقطع عنها اختصاصات
الادميين قطعا ولهذا الخلاف فوايد منها ان نفقة العبد والبهيمة الموقوفين حيث شرط
الواقف فان لم يشرط ففي الاكتساب وعوض المنافع وان لم يكن العبد كاسبا او تعطل
كسبه ومنافعه لزمانة او مرض او لم يكف كسبه فنفقته تبنى على اقوال الملك فالموقوف عليه
لزمته النفقة فان قيل بانه لله تع ففي بيت المال كما لو اعتق من لا كسب له فان قيل للواقف
فهو عليه ومنها القول بانتقال الملك الى الموقوف عليه فنى مالا ضايعا وانه لا يجوز واما ان الملك
لو انتقل الى الموقوف عليه لم ينتقل عنه بشرط الواقف الى غيره كساير الاملاك ولانه ازالة ملك
لا تمليك وما ذكره ينتقض بالة المسجد واستار الكعبة وقادمها المشتري قال ويزيل ملكه عن
المسجد بقوله وشرطا افرازه وصلوة واحد او جماعة فيه باذنه اذا بنى المسجد لا يزول ملكه حتى يفرزه
بطريقه وياذن للناس بالصلوة فاذا صلى فيه واحد زال ملكه وفي رواية الحسن لا بد من ان يصلي
فيه جماعة وهو رواية عن محمد وقال ابو يوسف يزول عنه ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم ليس بشرط
لانه اسقاط للملك فيتخلص لله تع كالاعتاق ولهما انه ازالة ملك لا الى مالك من غير اتلاف فلا يصح
بمجرد القول كعقد له وهبته لواحد من الناس واما الافراز فانه لا يخلص لله تع الا به وانما الصلوة
فلان التسليم شرط في المسجد لان المسجد بني لحق الله تع ولما تعذر القبض اقيم تحقق المقصود منه
مقام حقيقته وهو الصلوة فصار كالهبة المقبوضة وانما قال او جماعة ليدل منه على ان صلوة الجماعة
رواية وهي من الزوايد قال وافرازه الطريق شرط اذا جعل وسط الدار مسجدا واذن بالصلوة

فيه

فيه فانه لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصير مسجدا
لانه لما رضي بكونه مسجدا دخل الطريق من طريق الحكم كمن استاجر بيتا ولم يذكر الطريق فانه
يدخل لامتناع الانتفاع بالمستاجر الا به كذلك هذا ولابي حنيفة ان المسجد يجب ان يكون
محرزا عن حقوق العباد ويخلص لله تع فاذا لم يعين المسجد المتخذ في داره طريقا كان له حق
المنع لاختلاف ملكه بجوانبه وابقاء الطريق لنفسه فلم يخلص لله تع فلا يكون مسجدا قال
ولو خرب ما حوله واستغنى عنه لا يعود ملكا وخالفه اذا خرب ما حول المسجد واستغنى اهله عنه
قال محمد يعود الى ملكه او واقفه او ورثته لانه عينه لقربة مخصوصة وهي الصلوة فيه وقد انقطعت
وصارت كحشيش المسجد وحصيره وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود الى ملك احد لانه تحرر لله تع وكمغط
ملك مالكه عنه كاعادة الساقط واما حصير المسجد وحشيشه فينتقل الى مسجد اخر عنده قال
واللزوم في الرباط والخان والسقاية والمقبرة بالحكم وبحوله بالقول لا بالاستعمال فيما وضعت له
اذا بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه ابناء السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملك
الواقف عنه حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله لان حق العبد فيه قايم لجواز انتفاعه بكل منها لما عينت
له فيشترط الحكم بلزومه او التعليق بالموت كما مر وهذا بخلاف المسجد لانه لم يبق له انتفاع به و
يخلص لله تع بدون الحكم وقال ابو يوسف رحمه الله يزول ملكه ويلزم الوقف بالقول لان التسليم عنده
ليس بشرط وقد مر تعليله وقال محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية او دفنوا في المقبرة
وسكنوا الخان والرباط زال الملك لان التسليم عنده شرط وهو بتسليم نوعه فيما وضع له ويكتفى فيه
بالواحد لتعذر فعل الجنس ولو سلم الى المتولي جاز لان فعله ينوب مناب الموقوف عليه واما
في المسجد فقيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه
وتغلق بابه وقيل في المقبرة انها كالمسجد لانه لا متولي لها عرفا وقيل هي كالسقاية والخان ولانه
لو نصب لها متول يصح وان كان خلاف العادة قال ولا يجوز وقف كل عين معينة مملوكة
قابلة للنقل يحصل باقيه فيجوز وقف العقار ووقف المنقول باطل وقال لا يجوز ما كان تبعا
كالات الحرث والبقر وعبيدها الاكرة مع الضيعة واجاز ما يتعارف وقفه كالمصاحف والكتب
والفاس والقدوم والقدور والجنازة والكراع والسلاح ويفتى به هذه القيود المذكورة في
المسالة للاول زوايد لتعريف مذهب الشافعي في جعل الوقف يصح في كل عين احترز بها عن المنافع
فانه لا يصح وقفها وعن الوقف المعين في الذمة والقيد الثاني لتحترز به عن وقف احد عبديه والثالث

احترازا عن الاعلاك والرابع وهو قبوله الملك للنقل احترازا عن ام الولد والملاهي والخامس
وهو ان يحصل منها فائدة كالتمر واللبن والسكنى واللبس ونحو ذلك والسادس هو بقاء عين
الموقوف احترازا عن الطعام ونحوه والاصل في ذلك ان جواز الوقف لحصول الانتفاع مع بقاء عينه
فجاز وقفه كالعقار فان جميعا من الصحابة او قفوه واما المنقول فمذهب ابي حنيفة رحمه الله
فانه لا يجوز وقفه وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وقف ما كان تبعا للعقار كما اذا وقف ضيعة ببقرها
واكرتها وهم عبيده وقد يثبت للبيع التبعية من الحكم ما لم يثبت بطريق الاصالة كالشرب في البيع
تبعا لا اصلا وكالبناء يصح وقفه مع الارض لا وحده وهذه تابعة للارض في تحصيل ما هو المقصود
منها فجاز وقفها ومذهب محمد رحمه الله يجوز وقف ما يتعارف وقفه وقبله ابو يوسف في وقف الكراع
والسلاح في سبيل الله وهذا استحسان ووجهه ما ورد من الآثار المشهورة في جوازه منها قوله
عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا في سبيل الله وطلحة حبس دروعه في سبيل الله
ويروى كراعه الكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لانهم كانوا يجاهدون عليها ويحمل عليها السلاح ومحمد
رحمه الله ترك القياس بالتعامل والعرف كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في وقف هذه الاشياء
التي مثلنا بها وزادها في المتن واكثر منها الا الاعتماد على قول محمد والفتوى عليه اتفاقا واما لا تعامل
فيه فلا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كل ما ينتفع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه يجوز وقفه
لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لابد ان يتأبد ولا بد من التأبيد
على ما مر فصار كوقف الدرهم والدينار بخلاف العقار فانه متأبد وبخلاف الكراع والسلاح
لورود الاثر فيه وبخلاف ما عددناه للتعامل فبقي ما وراء ذلك على اصل القياس لان العقار يتأبد
والجهاد سنام الدين فلم يكن غيرهما في معناهما قال ولا يجوز تمليكه ويجوز القسمة في المشاع اما امتناع
التمليك فلانه اذا صح الوقف ولزم كان ازالة ملك لا الى مالك فلم يصح تمليكه كالعتق واما جواز القسمة
عند ابي حنيفة وابي يوسف فلانها تمييز وافراز نظرا للوقف وان كانت حقيقتها مبادلة احد النصيبين
بالآخر الا ان الغالب معنى الافراز لوقوع الاجبار في القسمة ولو غلب معنى المبادلة لما صح الاجبار لان
التراضي شرط المبادلة فلم يكن في معنى التمليك فيصح قال ويبدأ بعمارته حلفا مع الاطلاق
انه يجب الابتداء بعمارة رقبة الوقف سواء شرطه الواقف او لم يشترط وذلك لان المقصود من الوقف
هو التصدق بالغلة باقيا على وجه التأبيد ولن يبقى كذلك الا وان تكون العمارة مستثناة كما له الوقف
قال فان وقف دارا على سكنى ولده فعمارتها لان المنفعة وهي السكنى لا تحصل الا بالعمارة وكانت
على

على الساكن كنفقة العبد الموصى بخدمته قال فان امتنع او افتقر آجرها الحاكم وعمرها ثم ردها
اليه في التقييد بالحاكم فائدة وهي ان من له السكنى لا يؤجرها لانه غير مالك بذلك وانما له السكنى
وانما لا يجبر على العمارة لان في ذلك اتلاف ماله فصار كما اذا امتنع صاحب البذر في المزارعة
ولا يلزم ان يبطل حق السكنى بامتناعه من العمارة لان الامتناع يجوز ان يكون لعذر فلا يكون رضاه ببطلان
حقه ويجوز ان يكون لعدم بان على الحاكم ان يؤجرها فيعمرها باجرتها ثم يردها اليه وكان في حيز
التردد فلم يسقط حقه وانما كان على الحاكم فعل ذلك لان فيه جمعا بين حق الواقف وحق من له السكنى
فانه ان لم يعمرها الحاكم ولا الساكن يفوت السكنى مطلقا فالعمارة مع تحصيل السكنى اولى من التعطيل
وللقاضي الولاية في ذلك كما لو امتنع من الانفاق على عبده او بهيمته قال ويصرف ما انهدم من
الوقف في عمارته ان احتاج اليه وان استغنى عنه حبسه للحاجة فان تعذر اعادة العين بيع في العمارة ولا يقسم بين
مستحقيه اما ان الحاكم يصرف ما انهدم من الوقف وآلته في عمارته فلما مر من ان رقبة الوقف واجبة
لتبقى على وجه التأبيد وان لم يكن للوقف حاجة في الحال امسكها في حفظها لوقت الحاجة اليها فيصرفه
في عمارتها لئلا يتعذر حصولها وقت الضرورة فيبطل المقصود من الوقف فان امتنع صرف عينها في موضعها
فان الحاكم يبيعها ويصرف الثمن المرمة صرفا للبدل مقام المبدل عند تعذر استعماله ولا يجوز قسمته
بين مستحقي الوقف لان حقهم في المنفعة دون العين فان العين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم الا ما هو
حقهم فصل في اجارة الوقف وانابته قال يتبع شرط الواقف في اجارته فان
اهمله تؤجر مطلق وقيل تقيد بسنة ويختار للفتوى ان تؤجر الضياع ثلاث سنين وغيرها سنة هذا الفصل
جميعه من الزوائد اما وجوب اتباع شرط الواقف فلانه لما اخرج ملكه نفسه الا بشرط معلوم فيتقيد بما قيد
به من الشرائط فان اهمله ذكر ولم يقيد الاجارة بمدة فقال المتقدمون من اصحابنا تجوز اجارته
الى مدة كانت وقال المتأخرون من اجارته اكثر من سنة واحدة لانه اذا طالت مدة الاجارة ادى ذلك
الى تملك الوقف واندراسه وانما قالوا لغلبة اهل الظلم والعتق وقيل تجوز في الضياع ثلث سنين
ولا يؤجر غيرها الا سنة وهذا هو المختار للفتوى لان الرغبات في الضياع لا تتوفر اذا انقضت
عن ذلك وفي غيرها لا ضرورة للزيادة على السنة فيتقيد بها قال ولا يؤجر الا باجر المثل اجارة الوقف
بدون اجرة المثل لا يصح لاشتماله على اضرار الموقوف عليهم ودفع الضرر عن الفقراء واجب قال
ولا ينقض ان زادت الاجرة لكثرة الرغبة اذا آجر الوقف باجرة المثل ثم كثرت الرغبات
فزادت لا ينقض الاجارة لان المعتبر هو اجر المثل يوم العقد وفي قوله لكثرة الرغبة

فايدة وهي ان يواجه اذا زادت في نفسها الرغبة راغب ولا زيادة من قبيل المتعنت ولخلو
بشروطها عند الكل فان الاجارة تنتقض وتعقد عقدا ثانيا ويجب المسمى بالاجارة الاولى الى حين
الزيادة ويجب اجر المثل بعد الاجارة الثانيه فان كان في الارض زرع لم يستحصد لم ينتقض الاجارة
بل يجب اجر المثل من حين الزيادة الى انتهاء المدة قال وليس للموقوف عليه ان يوجر الا ان كان له
او ولاية فان مات وقد عقد لم ينفسخ ليس للموقوف عليه اذا لم يكن متوليا على الوقف او نائبا
من جهة الحاكم ان يوجر لانه لا يملك الا المنفعة دون العين والتصرف بالاجارة الى من له الولاية في ذلك فان
كان نايبا او وليا فاجر ثم مات لم تنفسخ الاجارة بموته لانه كالوكيل عن الموقوف عليهم وموت الوكيل
لا يوجب فسخ عقوده قال ولا يعار ولا يرهن وان اتلف منافعه او غصب عقاره يختار وجوب
الضمان اما الاعارة والارهان فلا يجوز لتضمنه ابطال حق الموقوف عليهم فلو سكنه المرتهن وجب عليه
اجر المثل وكذلك لو باع المتولي منزلا موقوفا فسكنه المشتري ثم نقض البيع وجب على المشتري
اجر المثل عن سكناه ومنافع الوقف مضمونة في المختار للفتوى وكذلك غصب عقاره نظرا للوقف
قال ويجوز الشهادة بالشهرة لاثباته وهذا المذكور قول محمد وبه المختار وبه اخذ الفقيه
ابو الليث رحمه الله لانه لو لم يجز ذلك ادى الى استهلاك الاوقاف القديمة والصحيح انه يقبل
بالتسامع في اصل الوقف دون شرطه لان اصله هو الذي يشتهر دون شرطه وينبغي للشاهد بالتسامع
ان يطلق اداء الشهادة فاذا فسر للقاضي ان مبنيه على التسامع لم يقبل كما ان معاينة اليد في الملك
مطلق لاداء الشهادة ثم اذا فسر لا يسمع كذا هذا

كتاب الغصب قال

الغصب تصرف منهي عنه حرام لكونه تصرفا في مال الغير بغير رضاه وقد قال الله تعالى لا تأكلوا اموالكم
بينكم بالباطل وقد قال عليه السلام المسلم على المسلم حرام كله ماله ودمه وعرضه وعلى حرمته انعقد الاجماع
والغصب على نوعين ضرب لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن جهل كمن اتلف مال الغير وهو يظن انه
ملكه او تملكه ممن هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم ظهر انه لغيره لقوله عليه السلام رفع
عن امتي الخطاء والنسيان والمراد الاثم وضرب يتعلق به الاثم وهو المأخوذ على وجه التعدي
فانه يأثم باخذه وبامساكه والغصب في اللغة اخذ الشيء ظلما وفي الشرع يختلف تفسيره باختلاف
المذاهب فعند الشافعي اثبات اليد على مال الغير بدون اذن مالكه وعندنا اخذ مال متقوم
محترم مملوك للغير قابل للنقل على وجه يتضمن تفويت يد المالك تعديا فالشافعي يقول الشرع
لم يطلق له اثبات يده على مال الغير الا باذنه فما دام لم يوجد منه الاذن عدم المطلق الشرعي

وكان

وكان الفعل منه تعديا موجبا للضمان ونحن نقول ان الضمان شرع جبرا والجبر يتحقق بالفوات
وبالفوات يتحقق معنى التعدي فان الاموال مخلوقة للاستيلاء عليها والمنع عن الاستيلاء انما يكون
لعارض وهو تعلق حق الغير بها وكل تصرف تضمن تفويت الحق على المالك كان تصرفا ممنوعا عنه
في الشرع فكان الركن في صفة التعدي وايجاب الضمان التفويت على المالك فلو استخدم مملوك غيره
بغير امره او ركب دابته او حمل عليها او ساقها فهلكت كان غاصبا لانه اثبت اليد المفوتة ولو جلس
على بساط غيره او هبت الريح بثوب انسان فالقته في حجره لا يكون غاصبا حتى ينقله او يمسكه وقبول
النقل والتحويل في المغصوب مذهب ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف آخرا خلافا لمحمد وان في علمائنا فيه
في موضعه ان شاء الله تعالى قال يجب على الغاصب رد عين المغصوب في مكان غصبه فان هلك ضمن
مثله ان كان مثليا والا فقيمته يوم غصبه وان نقص ضمن النقصان اما وجوب رد العين المغصوبة
فمعناه ما دامت العين باقية ويفهم ذلك من قوله بعده فان هلك متعلق الضمان بالهلاك دليل على
ان الرد مشروط بقيام العين وهذا لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقوله عليه السلام
لا يحل لاحد ان يأخذ مال اخيه المسلم لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده ولانه لما فوت يد المالك
عن العين المغصوبة تعديا وهي حقه وجب عليه اعادة حقه ترضية وانما شرط مكان الغصب
وهو الرد ابدا لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن والموجب الاصلي هو رد العين وانما جعل رد القيمة
خلفا عنها لان العين مثل معنوي نظرا الى المالية فكان قاصرا وقيل بل هو على العكس ذكره واذا هلك
المغصوب وكان مما له مثل كالمكيل والموزون وجب عليه مثله واطلق في المتن الهلاك ليشمل ما اذا هلك
بفعله او بفعل غيره فانه سواء في وجوب الضمان لان السبب هو الغصب في وجوب الضمان فاذا عجز عن رد
العين وجب البدل مستندا الى زمان وجوب السبب لان ذكر هو الاعدل والاشتماله على رعاية الجنس
والمالية فكان ادفع للضرر فان لم يكن مما له مثل كالعدديات المتفاوتة فعليه قيمته يوم غصبه
لانه لما تعذر رعاية الحق في الجنس وجب رعاية في المالية دفعا للضرر بالقدر الممكن واما العدديات
المتقاربة كالبيض والجوز فهي كالمكيل ويجب مثلها لعدم التفاوت وانما قيد بيوم الغصب لانه هو السبب
وبه دخل في ضمانه واما ضمان النقصان فهو اعتبار بالبعض بالكل قال وان انقطع المثل فوجبها يوم
القضاء ويعتبر يوم الغصب لا الانقطاع اذا انقطع جنس المغصوب فوجب عليه القيمة قال ابو حنيفة
يجب يوم الخصومة والقضاء وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم انقطاع الجنس لان الواجب
انما هو المثل وانما ينتقل الى القيمة عند انقطاعه فيجب ح ولابي يوسف انه لما انقطع المثل التحق بما لا مثل له

والحكم فيه ان تجب القيمة يوم الغصب لانه يوم انعقاد سبب الضمان ولابي حنيفة ان نفس الانقطاع
ليس موثرا في وجوب القيمة الا ترى انه لو صبر الى حين يوجد جنسه فيعطيه كان له ذلك وانما ينتقل
الى القيمة بقضاء القاضي فيعتبر يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لان المطالبة في ذلك
بالقيمة باصل الغصب فاعتبر فيه زمان انعقاد السبب قال واذا ادعى الهلاك حبسه الحاكم حتى يعلم
انها لو كانت باقية اظهرها ثم قضى عليه بالبدل وهذا لان الغاصب يدعي خلاف الظاهر وهو البقاء
والهلاك بعارض فلا يقبل فيه قوله ونظيره دعوى الافلاس ممن عليه ثمن متاع فانه يحبس الى
ان يعلم صدق دعواه ومدة الحبس مذكورة في الحجر فاذا علم الهلاك سقط رد العين ولزم رد البدل
فيقضي قال واذا غيب المغصوب فقضى بالقيمة ملكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك الغاصب
المغصوب اذا قضى عليه بالبدل لان الملك نعمة فلا ينال بسبب محظور وهو الغصب وصار كما في غصب
المدبر وتقديره انه فوت ملك اليد الثابتة في المغصوب للمالك عليه فيقتضي ذلك ان يجب الملك
للمغصوب منه في الضمان يدا لا عينا لكن اثبات ذلك مع رعاية المماثلة غير ممكن لان يد المالك كانت يدا
يمكن منها من الانتفاع بالعين وهذا لا يتصور بدون ملك العين فاثبتناه ضرورة وما يثبت
ضرورة غيره كان عدما في حق نفسه في المغصوب في صورة ملك العين على ما كان كما في المدبر فانه يثبت
للمولى ملك العين في الضمان مع ان الغاصب لم يفوت عليه الا ملك اليد ولنا ان المغصوب منه
ملك بدل العين ولا يمكن ايجاب الضمان الا وان يجعل المغصوب كالهالك في حق المولى لان المصير الى
البدل عند العجز عن الاصل ليصير رد العين حتى ان المبدل مما يحتمل النقل من ملك الى ملك فوجب الحكم
بملكه اياه من حين الغصب قصدا لكنه يثبت حكما لحكم شرعي وهو وجوب الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر
مع بقاء الاصل على ملكه اذ الجبر يعتمد الفوات وشرط الحكم تابع له فيحسن لحسنه وان قبح لو كان مقصودا
بالغصب واما المدبر فانه غير قابل للنقل من ملك الى ملك لحق المدبر فقلنا بخروجه عن ملك المولى لكونه
مالا مملوكا تحقيقا للشرط وهو الضمان ولم يدخل في ملك الغاصب صيانة لحقه ولا ضمان المدبر جعل
مقابلا بالفائت وهو اليد دون الرقبة وهو الضمان جايز اعني مقابلة المال بما ليس بمال كما في الدية لكنه
لا يصار اليه الا عند العجز عن المقابلة بالمال وقد وجد هنا موجب الضمان وان لم يدخل في ملك الغاصب
قال والقول قوله مع يمينه في القيمة الا ان يبرهن المالك انها اكثر لان البينة حجة ملزمة فيعمل بها
فاذا لم يقم المالك البينة على مقدارها وهو مدعي للزيادة والغاصب منكر لها فيقبل قوله مع يمينه اذ
اليمين على المنكر قال فان ظهر وقد ضمنه بنكوله او بقول المالك او ببينة فلا خيار او بقول الغاصب

مع

مع يمينه خير المالك بين امضاء الضمان وبين الاخذ ورد العوض اما عدم خيار المالك فيما اذا ظهر
المغصوب وقد ضمنه بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين
فلان الملك ثبت للغاصب بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى ذلك المقدار واما ثبوت
الخيار للمالك فيما اذا ضمن بقول الغاصب مع اليمين فان الرضا لم يتم حيث ادعى ان مقدار الضمان
اكثر واما اخذ الاقل لعدم الحجة على اخذ الزيادة لا بناء على وجود الرضاء ثم قال صاحب الهداية ولو ظهرت
العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه فقد ضمن بقوله مع يمينه فالخيار ثابت في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا
لما قاله الكرخي لانه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما ادعاه والخيار لفوات الرضاء قال
ولو برهن كل منهما على هلاكه عند آخر يرجح المالك ورجح الغاصب وهو ظاهر المذهب اذا غصب دابة وادعا
انه ردها الى مالكها واقام بينة انها نفقت عنده فاقام المالك بينة انها نفقت عند الغاصب قال ابو يوسف
يرجح بينة المالك لان بينته مثبتة وبينة الغاصب دافعة فكانت المثبتة اولى ومحمد وهو ظاهر المذهب
ذكر في الجامع والاشارة الى ذكر في الزوائد ان ضمان الغاصب ثابت بنفس الغصب والغصب ظاهر فلا حاجة
الى اثباته وانما الغاصب يدعي زوال ذلك الضمان والمالك ينكره فكانت بينة المالك دافعة وبينة
الغاصب مثبتة فكانت هي اولى قال ولا يضمن ما نقص من العقار بفعله وسكناه وهذا متفق عليه
لان ذلك من باب الاتلاف والعقار يضمن بالاتلاف كما اذا نقل ترابه قال وضمنه بهلاكه لغلبة السيل
مبنية على اصل مختلف وهو ان العقار هل يرد عليه الغصب فعند ابي حنيفة وابي يوسف آخرا
لا غصب الا في المنقول والغصب لا يرد على العقار فلا يضمن عندهما بالهلاك ولا بالاستحقاق وعند محمد وهو
قول ابي يوسف اولا وقول الشافعي يرد عليه الغصب فيضمن بالهلاك فرع اصلان في ان حد الغصب
اثبات يد التعدي على مال الغير والعقار يتصور اثبات اليد عليه فان الاثبات على معنى الاحتواء
على الشيء ليس مراد ولكن الاثبات بمعنى التصرف والانتفاع بالمحل وانه يتصور فيه فاذا ثبت حد الغصب
ثبت حكمه ومحمد يعتبر ازالة اليد محضا لان الازالة من حيث الثبوت وهذا المحل ثابت في اليد اتفاقا
وازالتها به فقد ازالت تلك اليد المنتفع بالمحل بثبوت يد الغاصب لانه لا يتصور اجتماع يدين
في حين واحد في المحل الواحد ومتى انتفت يد المالك باثبات يده على المحل وجب الضمان وصار
كالمنقول ونحوه الوديعة وابو حنيفة وابو يوسف يقولان حد الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك
بفعل في العين لان الضمان واجب على سبيل الجبر فانه يعتمد التعدي والتفويت وهذا لا يتصور
في العقار لان يد المالك لا يزول الا باخراج المالك وذاك فعل في المالك لا في العين فصار كما لو

منعه

الوديعة

من حفظ ماله حتى هلك بخلاف المنقول لان النقل فعل في العين وهو الغصب اما هذه المسئلة فمحرمة
ممنوعة ولئن سلمنا فلنا نضمنه على ترك الحفظ الذي التزمه وبالجحود حصل الترك قال واذا تغيرت
العين بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها ملكه إياها ولا ينتفع بها حتى يؤدي البدل والقياس
الحل وهو رواية كما لو ذبح شاة فطبخها او شواها او طحن حنطة وزرعها او خبز دقيقها او جعل الصفرة
آنية والحديد سيفا او بنى على ساجة او عصر زيتونا او عنبا او غزل قطنا او نسج غزلا ذكرا صلا ... مثل
بالفروع المبنية عليه وخلاف الشافعي في الجميع ومذهبه رواية عن ابي يوسف الا انه اذا اختار ان يأخذ
الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لادائه الى الربوا وعند الشافعي يضمنه النقصان للشافعي ان الاوصاف
تابعة للعين والملك يبقى تبعا للعين وهي باقية فيبقى الملك كما اذا القت الريح حنطة في الطاحونة وطحنت
ولا اعتبار بفعل الغاصب لانه محظور فلا يصلح سببا للملك وهو نعمة ولنا انه لما احدث في المغصوب صنعة
متقومة صار حق المالك هالكا من وجه بدل عليه تبدل الاسم وفوات معظم المقاصد وحق الغاصب في
الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الفايت من وجه والملك لا يضاف الى المحظور وانما هو يضاف الى
احداث الصنعة ولا ينتفع بها حتى يؤدي البدل هذا استحسان والقياس الانتفاع بها قبل اداء البدل
وهو مذهب الحسن وزفر رواه الفقيه ابو الليث عن ابي حنيفة ووجهه ان الحل مضاف الى السبب المطلق
للتصرف وهو قائم ولهذا لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان ما روي انه عليه السلام قال في شاة ذبحت
وصليت بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى فانه يفيد الامر بالتصدق زوال الملك وحرمة الانتفاع
قبل الارضاء ولان اباحة التصرف قبل الارضاء فتح باب الغصب فيحرم حسما لمادة الفساد ونفاذ
البيع والهبة مع الحرمة فلقيام الملك كما في حق الملك الفاسد ووجه الاباحة عند الاداء ان حصول المبادلة
بينه وبين الغصب بالتراضي وكذا لو ابراه لسقوط حقه بالابراء ولنا وجه آخر في الساجة اذا
بنى عليها ان فيما قاله اضرارا بالغاصب حيث ينقض بناءه من غير خلف وفيما ذهبنا اليه رعاية
الحقين وضرر المالك يندفع بايجاب القيمة وصار كالوخاط بخيط مغصوب بطن عبد او ادخل لوحا
مغصوبا في السفينة فانه تجب القيمة فيها اجماعا وبرواية الى القياس والرواية وزرع الحنطة وصبغها
والبناء على الساجة وعصر الزيتون والعنب والغزل والنسج من الزوايد قال ولو غصب تبرا فصاغه
آنية او ضربه دنانير لم يملكه وقالا ملكها الغاصب وعليه المثل لانه باحداث الصنعة المتقومة
صار حق المالك هالكا من وجه كسر ونوره صار ... وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح بانه صار
صالحا لرأس المال في المضاربة والشركة والتبر لا يصلح لذلك وله ان العين قائمة لبقاء الاسم ومنفعة

التمنية

الثمنية التي هي الاصل والوزن على قيام العين جريان الربوا باقية باعتبار اما صلاحيته لرأس المال فهي
من احكامه الصنعة واما التقوم فليس بثابت مطلقا الا ترى انه اذا قوبل بجنسه سقط التقوم
قال ولو ذبح شاة غيره او قطع عضوا منها فان شاء المالك اخذها وضمنه نقصانها او سلمها
وضمنه قيمتها وهذا لان الذبح اتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الاغراض من الدر والنسل
وبقاء بعض المقاصد وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب هذا اذا كانت الدابة مأكولة
اللحم اما اذا لم يكن فقطع طرفا منها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف
قطع طرف العبد حيث يأخذه مع ارش القطع لبقاء الانتفاع بعد القطع قال وان خرق ثوبا
فابطل عامة منفعته ضمنه وان كان يسيرا ضمن نقصانه اما الاول فلانه اذا ابطل عامة منفعته فقد
استهلكه معنى فصار كما اذا احرقه واذا ضمن جميع قيمته ترك الثوب للغاصب تحرزا عن اجتماع البدلين
في ملك احد وان امسك الثوب ضمنه النقصان لبقاء العين وبعض المنافع واما الثاني فلانه
لم يفوت شيئا من المنافع بل احدث به عيبا واختلف في الفاحش فقيل ما يوجب نقصان
ربع القيمة وقيل ما ينقص به نصف القيمة والصحيح ما يفوت به بعض المنافع واليسير ما لا يفوت
به شيء من المنفعة بل يدخله نقصان عيب قال فان بنى في ارض او غرس قيل له اقلعها وسلمها فان نقصت
كان للمالك ان يضمن قيمة غرس او بناء له مقلوعا ويكون له والاصل فيه قوله عليه السلام ليس لعرق
ظالم حق قيل في معناه اذا غرس في ملكه فخرجت عروق الغرس الى ارض جاره او اغصان الشجر
فانه لا يستحق الموضع الذي تحدث الاغصان والعروق اليه لانها حاصلة في غير موضعها وقيل
ان تتعدى في احياء الموات فيدخله في حق الغير ولا يستحق بذلك شيئا في ملك الغير وما نحن فيه
غرس في الملك قائما فيجب التفريغ لانه شغل ملك الغير لغير اذنه وانه غير جائز كما اذا شغل
طريق غيره بطعامه فان نقصت الارض بواسطة التفريغ فللمالك ان يضمن له قيمة ما غرس
او بنى مقلوعا اي مستحق القلع ويتملكه لان في ذلك نظرا للغاصب والمالك وكيفية احداث
في الارض فتتقوم مأمورا بقلعه ثم يضمن ما بينهما قال ويضمن المسلم قيمة ما اتلف من خمر ذمي
والذمي مثلها اذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتها فان اتلف على مسلم لم يضمنها
وان اتلف الذمي من خمر الذمي ضمن مثلها او خنزيره ضمن القيمة وقال الشافعي لا يضمنها للذمي ايضا
وعلى الخلاف اذا اتلف على ذمي او باعها عليه له ان الخطاب يستقيم عن دعاية لما نذكره
ماليس بمتقوم في حق المسلم واهل الذمة اتبعنا فيطرد الحكم في حقهم ولنا ان التقوم

باقٍ في حقهم وقد أُمرنا بتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيعتبر الإلزام فيتعين التقوم
فقد اتلف مالا متقوما مملوكا لغيره فوجب ضمانه وهذا بخلاف الميتة والدم لعدم تقومهما
في سائر الاديان وانما وجب على المسلم قيمة الخمر وان كان مثليا لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه
لما امرنا باهانته والذمي غير ممنوع عن ذلك بخلاف عقد الربوا لانه مستثنى عن عقودهم قال
ولو اسلم بعد الاتلاف ايدي انه وجب القيمة والقولان روايتان وهو رواية عنه ايضا عليه القيمة
لانه عجز عن تسليم مثلها شرعا فوجب تسليم القيمة لان المتلف مال متقوم في حق الذمي فصار
كما اذا اتلفها مسلم ولابي يوسف انه حين الاتلاف وجب عليه مثلها فاذا اسلم صار عاجزا عن
تملكها وقد بانها ولا يمكن ايجاب القيمة لان ما وقع منه لم يقع موجبا للقيمة ولم يوجد سبب موجب
لهما من بعد وصار كما اسلم المتلف عليه قال ولا يضمن زق خمر شقه لاراقتها وخالفه بعض
شق زق خمر لمسلم بنهاه بذلك عن المنكر قال ابو يوسف رحمه الله لا ضمان عليه في الزق وقال محمد يضمنه
لان الزق مال متقوم فكان مضمونا بالاتلاف كسائر الاموال المتقومة والخمر يمكن اراقتها
بالاراقة ولابي يوسف ان هذا الفعل منه صدر للاقامة للامر بالمعروف والنهي عن المنكر وقد لا يتهيأ
الاراقة بدون الشق فيكون ماذونا له في ذلك شرعا كما قلنا في كسر المعازف قال
ولو كسر معزفا لغيره … نحوهما من قال ابو حنيفة اذا كسر دف مسلم او طبله او مزامير
او شيئا كثيرا من الملاهي التي اقتنيت للهو ضمن قيمتها وقالا لا ضمان لانه محتسب
ولا ضمان على المحتسب وله انه اتلف مالا متقوما منتفعا به من وجه آخر سوى التلهي به
فيضمن قيمته من ذلك الوجه كما اذا اتلف جارية مغنية فانه يضمن قيمتها غير مغنية كذا والحسبة يمكن
اقامتها بالمنع والاخذ دون الاتلاف وهذه المسئلة مذكورة في السرقة من باب ابي حنيفة وقد
… هذا الموضع التي فنقلنا اليه قال ولو ابق المغصوب فرده على المالك فادى الجعل منعه
من الرجوع على الغاصب وخالفه رجل غصب عبدا فابق من يده فرده آخر على مولاه واخذ منه
الجعل قال ابو يوسف رحمه الله ليس له الرجوع بالجعل على الغاصب وقال محمد له ذلك لانه ضمان لحقه
بسبب وجد عند الغاصب فيرجع عليه كما لو دفع الجعل والفداء بالجناية بسبب كان عنده ولابي
يوسف ان الجعل كالاجر على العمل والعامل عمل للمالك باحياء ملكه بالرد عليه فلا يرجع باجر وقع له
على غيره قال وهو … لو اعتقه ثم اجاز المالك فالعتق جائز وابطله رجل غصب عبدا فامر
… الغاصب ثم اعتقه ثم ان المالك اجاز البيع قال ابو حنيفة صح العتق وقال محمد هو باطل

لان بيع الفضولي غير منعقد في حق الحكم لعدم الولاية فكان الاعتاق حاصلا في ملك الغير فوقع باطلا
كما لو باع عبدا المشتري من آخر ثم اجيز البيع الاول فان البيع الثاني باطل وكما لو اشتراه عبدا بشرط
الخيار للبائع مثلا ثم اعتقه ثم اجيز البيع بالاجازة من الكل او بمضيها فان العتق لا ينفذ بالاجماع وله
ان بيع الفضولي اثبت للمشتري ملكا موقوفا وانما توقف لحق المالك ضرورة في النفاذ لان التوقف
والاعتاق صادف الملك الموقوف فيتوقف فاذا اجيز البيع نفذ مستندا الى العقد السابق
فينفذ الاعتاق نفاذه ضرورة توقفه لتوقفه الا ترى انه لو قطعت يد العبد بعد الشراء واخذ
المشتري الارش كان للمشتري لنفاذه من حين العقد على وجه الاستناد بخلاف البيع الثاني لان الملك
الباتّ للمشتري الاول طرأ على الملك الموقوف للمشتري الثاني فابطله واما المسئلة الثانية فالبيع بشرط
الخيار مما ينفي رضاه بالبيع وخروج المبيع عن ملكه فيتوقف على رضاه فلم يثبت حكم العقد اصلا في
حق المشتري فلم يصادف العتق ملكه وههنا وصل البيع الا انه توقف حكمه دفعا لضرر المالك فيكون
العتق حاصلا في الموقوف عليه فينفذ نفاذه وقول ابي يوسف كقول ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير
وكقول محمد في رواية اخرى قال او قطع يديه فالمالك يضمنه ان سلمه اليه وقال لا يمسكه وياخذ النقصان
رجل غصب عبدا فقطع يديه او رجليه او فقأ عينيه قال ابو حنيفة يدفع الجثة الى الجاني ويأخذ
جميع قيمته وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان وقالا له ذلك لانه جنى على مال غيره فيتخير المالك
بين ان يدفع المال اليه ويضمنه القيمة وبين ان يمسكه ويأخذ منه نقصان الجناية كما لو خرق
الكبير في الثوب وله ان الضمان قدر ضمان العينين او اليدين بكل القيمة وليس الى العبد ما قدره
الشرع محل ضرورة تضمينه العينين بتسليم الجثة لم يكن من الضمان شيء قال ولو دبغ جلد ميتة غاصبا
قيمته ثم استهلكه … وقالا لا يضمن قيمته طاهرا اي جلد مذكى غير مدبوغ لهما انه اتلف مالا
متقوما للمالك فيضمن كالوديعة بالاضافة له وكما لو استهلكه غيره وله ان يقدحه مضاف الى ما زاده
الغاصب فيه وهو تابع للاصل والاصل غير مضمون عليه فكذا تابعه الا ترى انه لو هلك في يده
لم يضمن بخلاف المدبوغ بالاضافة له فانه ليس للغاصب فيه شيء متقوم الا ترى انه لو لم يستهلكه
يأخذه المالك فانه يأخذه مجانا وفي مسئلتنا لا يأخذه حتى يعطي الغاصب ما زاد الدبغ فيه وكذلك
ما لو استهلكه غيره لان ما صار مضمونا بالاتلاف على غير الغاصب فكذا الشيخ قال في شرح المختلف
ان المالك اذا لم يستهلكه الغاصب الجلد ان شاء اخذ الجلد واعطى الغاصب ما زاد الدباغ وان
شاء تركه وضمنه قيمة جلد طاهر كما لو صبغ ثوبا مغصوبا بالحمرة قال بعض المشايخ والصحيح من المذهب

انه ليس للمالك ان يضمنه قيمة جلد طاهر ويتركه عليه لا سيما عند ابي حنيفة بخلاف الثوب قبل الصبغ
لانه كان مالا متقوما ولا كذلك الجلد حتى لو غصب جلد ذكية ودبغه بما له قيمة كان للمالك
ان يضمنه قيمته غير مدبوغ ويتركه عليه ان شاء وان شاء اخذه واعطى الغاصب ما زاد الدباغ
فيه قال والسواد في الصبغ نقصان وقيل هو اختلاف زمان رجل غصب ثوبا وصبغه اسود
فهذا بمنزلة تخريق الثوب وقالا هو زيادة كما لو صبغه بحمرة وهذا اختلاف عرف وزمان فان الناس
في زمن ابي حنيفة لم يكونوا يلبسون الثياب السود لخساستها وفي زمانهما صار السواد شعار الدولة العباسية
فصار السواد من اشرف الملابس وانفسها حتى قيل في ذلك كيف لا يشرف السواد وقد صار شعارا
على بني العباس ولم يكن الخلاف مبنيا على الدليل والتنبيه على ذكر من الزيادة قال ولو صبغه احمر او لت
سويقه بسمن فان شاء اخذهما ورد ما زاد الصبغ والسمن او ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمهما
لان في اثبات الخيار رعاية للجانبين على ما بيناه من قبل وصاحب الثوب صاحب الاصل فكان الخيار له
وانما قال مثل السويق لانه مثلي وقيل يجب قيمته بناء على انه يتغير بالقلي الا ان التفاوت قليل
فلم يخرجه عن كونه مثليا قال ولو اطعم المالك طعامه غصبه منه ولم يعلم به برئ عنه اذا اطعم الغاصب الطعام مالكه
ولم يعلم انه ملكه برئ عن الضمان عندنا وعند الشافعي عليه ضمانه وعلى هذا لو غصب ثوبا فالبسه المالك فلبسه
حتى تخرق له ان سبب الضمان قايم وهو الغصب فلا يبرأ عنه الا بالاداء والابراء عن المالك ولم يوجد
واحد منهما ولنا انه انتقض الضمان بالرد على المالك فكان لم يكن قال ولا تضمن زوايد المغصوب
مطلقا الا بالتعدي او بالمنع بعد الطلب زوايد المغصوب امانة في يد الغاصب وهذا الاطلاق
بانه سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والثمرة والصوف واللبن اذا
تلفت من غير تعد من الغاصب لا يضمنها وان تعدى فيها بان اتلفها او اكلها او ذبحها او باعها وسلمها
او طلبها مالكها فمنعه اياها ضمنها وقال الشافعي عليه الضمان مطلقا لوجود حد الغصب وهو اثبات اليد
العادية على مال الغير بغير رضاه على ما مر وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم اذا هلك في يده
فانها مضمونة عليه ولنا ان الغصب لم يوجد فانه اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك
بفعل في المحل يفوت به شيء كان ثابتا للمالك فيه او ما يقوم مقام التفويت كالامتناع من الرد بعد
طلب صاحب الحق لما بيناه واذا لم يوجد غصبا للزوائد فعند انتفاء الغصب لا يجب الضمان لاستحالة ثبوت
الحكم من غير ثبوت السبب لان يد المالك لم تكن ثابتة على الزوائد فيزال بالغصب وملك المالك ثابت فيه
فاذا تعدى فيها ضمن كما يضمن الامانات واما ولد الظبية فان هلكت قبل التمكن من الارسال فلا ضمان لعدم
المنع
واما

واما اذا تمكن من الارسال وامتنع منه فهلكت ضمن لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع وقال
صاحب النهاية وعلى هذا اكثر مشايخنا ولو اتلف الحرام فهو ضمان جناية موجب بالاعانة ومن الاشارة
فلان يجب بما فوقهما وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال ولا المنافع استوفاها
وعطلها منافع المغصوب غير مضمونة عندنا سواء صرفها الى نفسه او عطلها على المالك وقال الشافعي
هي مضمونة في الحالين لان المنافع جارية مجرى الاعيان لانها تضمن بالعقود ولو اثبت يده العادية عليها
فكان اثبات اليد على المغصوب تفويتا لمنافع المستحقة للمالك عليه فيكون اثبات اليد على مال الغير اعني
المنافع الملحقة بالاعيان بصفة التعدي فيضمن ولنا ان المنافع حصلت على ملك الغاصب لانها لم تحدث
في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا للحاجة والانسان لا يضمن ملك نفسه على انه لا يتحقق غصب المنافع
واتلافها لانه لا بقاء لها ولان ضمان العدوان وان استدعى المماثلة ولم يضمن منافع مثلها اجماعا
فبالاولى ان لا يضمن بغيره من الاثمان لعدم المماثلة بين العرض والجوهر وهي غير متقومة في نفسها او تقومها ضرورة
بواسطة العقد الا انه اذا انتقص بسبب استعماله وجب ضمان النقصان لاستهلاكه بعض اجزاء العين
قال والزيادة المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم الغاصب اذا غصب عبدا فزاد عنده زيادة متصلة
كالسمن والجمال ثم باعه الغاصب وسلمه الى المشتري قال ابو حنيفة لا يضمن الزيادة وقالا يضمنها لانه فوت على
المالك مكنة الاسترداد بواسطة التسليم والبيع وهو سبب كاف للضمان غير نفس الغصب لانه مكنة الاسترداد
كانت موجودة للمالك الى حين التسليم بعد البيع واذا فوت المكنة ضمن كالغاصب لانه يفوت مكنة
الاسترداد وصار كالزيادة المنفصلة وله ان مكنة الاسترداد انما ينعقد سببا للضمان في محل يتصور
ورود الغصب عليه وهذا المحل مغصوب فغصب المغصوب تحصيل الحاصل الا ترى ان استخدام العبد
بعده لا يعد غصبا ولئن كان في الابتداء غصبا فلم يكن هذا التفويت ملحقا بالغصب فلم يكن سببا للضمان
بخلاف المنفصلة لانه سلمها او باعها قصدا فصار غاصبا لها بتفويت مكنة الاسترداد في الولد ولان سبب الضمان
باخراج المحل منتفعا به في حق المالك ولم يوجد لان الزيادة المتصلة ما كان منتفعا بها في حق المالك لعدم
يده عليها قال ويضمن ما نقصت الجارية بالولادة الا ان يفي الولد بجبره فيسقط رجل غصب جارية
فحبلت عنده ونقصت بالولادة فهو في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء جبر النقصان
بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وهذا استحسان وان لم يف بذلك جبر بقدره وضمن الباقي وقال زفر
والشافعي لا يسقط ضمانه ولا ينجبر النقصان بالولد وهو القياس لان النقصان حصل على ضمانه
حقيقة وهو قايم فلا بد من الجبر والولد لا يصلح جابرا لان الغاصب ملكه والولد ملكه وملكه لا يجبر

ملكه ووجه الاستحسان ان الولد حصل بالولادة وكذا النقصان فاتحد سبب النقصان والزيادة فامتنع ظهور النقصان فلم يحتج الى الجبر قال ولو حبلت فردها فماتت في نفاسها فعليه قيمتها يوم العلوق وقالا نقصان الحبل لا الاصح اذا غصب جارية فزنا بها او شرع فحبلت عنده ثم ردها الى مولاها فماتت عنده في نفاسها يضمن الغاصب قيمتها يوم علقت عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن شيئا ذكره في المختار والصحيح ما ذكره قاضي خان ان عليه ضمان نقصان الحبل عندهما قالا حصل التلف بسبب وجد عند المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كمن اشترى جارية فوجدها حاملا فولدت وماتت في نفاسها انه رجع بنقصان الحبل دون الثمن فكذا لو حبلت فردها فماتت عند المالك يضمن النقصان او زنت عند الغاصب فردها فجلدت فماتت بالجلد وله انه غصبها وما انعقد بسبب الهلاك وردها مشغولة فلم يصح الرد اذا لم ينقض الاخذ فانه يستدعي اتحاد الصفة في حالتي الاخذ والرد كما لو حبلت عند الغاصب فردها على المالك فقتلت به بتلك الجناية قصاصا فانه يرجع على الغاصب بقيمتها وهذا لان الحبل سبب انفصال الولد الذي هو سبب توارد الآلام الذي هو سبب الموت بخلاف ما استشهدا به اما المرض فلعجز الطبيعة عن دفع اثر الحمى المتوالية وذلك غير حاصل بالحمى الاولى التي كانت عند الغاصب لانه غير موجبة لما بعدها واما الجلد فان المشروع حد غير متلف ومسئلة البيع ممنوع والمذكور في المختلف ان الغاصب لا يضمن شيئا غيرها لانها تعيبت في يد الغاصب بالحبل فلما ردها ولدت زال العيب فزال الضمان والنفاس حصل في يد المالك فلا يضمنه الغاصب فالصحيح ما ذكره قاضي خان لان التلف حصل بالنفاس والنفاس بسبب الولادة والولادة بسبب الحبل فلم يصح لان الفصل زال بالولادة مع انه باق ببقاء الحبل ورد اثارها الى الصحيح من الزوائد

كتاب الوديعة

قال اشتقاق الوديعة من الودع وهو الترك فهو مودع هذا الى التركه ومنه الموادعة في الحرب تركها وقال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات او ليختمن على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين ويجوز ان يكون من الحفظ قال عليه السلام استودع الله دينكم وامانتكم اي استحفظ الله اي اطلب منه حفظهما فالوديعة الشرعية يؤخذ فيها كلا المعنيين فانها تترك عند المودع لاجل الحفظ ولها بحث لها في الامانة والديانة وهي مشروعة على وجه الاعانة دون الغرامة قال عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان ولا على المستعير غير المغل ضمان وينعقد صريحا ودلالة فالصريح ان يقول اودعتك فيقول قبلت فيلزمه الحفظ والدلالة ان يضعه عنده او يقول هذه وديعة فيسكت الاخر صار مودعا حتى لو غاب المالك ثم غاب الاخر وضاع ضمن

لان

لان ذلك ايداع وقبول عرفا والايجاب وهذا كالنص في حق الامانة حتى لو قال للغاصب اودعتك المغصوب برئ عن الضمان من غير قبض وقيل لان كون المال امانة حكم مختص لوقت المال فيثبت به حكمه واما وجوب الحفظ فيلزم المودع حفظه بعد قبوله صريحا ودلالة قال والمستودع كان امينا لان الامانة قبض الشيء لا على وجه البدل والوثيقة فالبدل كالمقبوض على سوم الشراء والبيع الفاسد والوثيقة كقبض الرهن فانه مقبوض على وجه الوثيقة والوديعة امانة اذا هلكت من غير تعديه فلا ضمان لما رويناه ولان التزامه الضمان سد باب الاستيداع خوفا من الغرامة مع شدة الحاجة اليه فشرع امانة لئلا يتعطل المصالح المتعلقة ~~فيحفظها بنفسه~~ قال فيحفظها بنفسه وعياله وبعينه المساكنة وحدها وقيل مع النفقة قال صاحب الينابيع المولد في العيال من هو ساكن معه ويجري عليه نفقته من اجره وعلامه وامرانه وولده وغيرهم ويدخل فيه العبد المأذون له الذي مال في يده والشريك المفاوض وشريك العنان وان لم يكونوا في عياله ويشترط في الاجنبي ان يكون اجيرا مشاهرة وطعامه وكسوته على المستأجر واجير المياومة ليس من عياله وذكر حسام الدين رحمه الله ان المرأة لو قبلت وديعة فدفعتها الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج في عيالها لان المعتبر في هذا الباب المساكنة دون النفقة الا ترى ان الابن اذا كان معهما ساكنا وليس في عيالهما فخرج من المنزل على الابن لا يضمان وهذا يدل على ان المعتبر المساكنة وان لم يجر عليه النفقة وذلك لانه التزم حفظها بمثل ما يحفظ به ماله وذلك بيده وحرزه اما الحرز فالدار والمنزل والحانوت ملكا كان او مستاجرا او مستعارا اما يده فيده ويد زوجته وامته وعبده واجيره الخاص وولده الكبير اذا كان في العيال ولان المودع راض بذلك لانه يعلم ان يستحفظها استصحاب الوديعة معه دائما مع الاستعمال لحوائجه والخروج لمعاشه واداء فرائضه غير متيسر فلابد من الترك في منزله عند من هو في عياله فكان ضروريا ولهذا لو نهاه عن ذلك لا يعتبر نهيه واعتبار المساكنة والنفقة من الزوائد قال فان حفظها بغيرهم الا لخوف غرق او حرق اما الحفظ بغير من في العيال موجب الضمان اذا تلف ولان رب المال لم يرض بحفظ غيره اذ الناس يتفاوتون في الامانة واما الاستثناء فاذا وقع في داره حريق او كان في سفينة فخاف الغرق فسلم الوديعة الى جاره او الى سفينة اخرى لم يضمن لانه تعين ذلك طريقا الى الحفظ في مثل هذه الحالة فيكون مرضيا للمالك ولا يصدق في ذلك الا ببينة لانه يدعي وجود ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كدعوى الاذن في الايداع روي ذلك عن ابي يوسف قال وان نهاه عن التسليم الى واحد منهم فلا بد له ان يعتبر هكذا ذكر في الجامع الصغير واطلاق القدوري يحمل عليه وتقييده وهذا كما اذا اودع دابة فسلمها الى غلامه

وقد نهاه عن التسليم اليه فكذا اذا كانت الوديعة مما يحفظها النساء فنهاه عن التسليم الى امرأته
فخالف لم يضمن لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان لم يكن له بد فيلغوا وان كان له
منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل مع اعتبار الشرط
فيعتبر وقد قيدت مسئلة الحلقة في القدوري تحصيلا لفائدة التقييد وهو من الزوائد قال
وان امره بالحفظ في بيت من داره فحفظ في بيت آخر منها ما وله لم يضمن بخلاف المخالفة في الدار اما الاول
فلان الشرط غير مفيد لان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز ولو كانت التفاوت بين البيتين
ظاهرا بان كانت الدار فيها البيتين عظيمة وكانت البيت منهيا عن الحفظ مشتملا على عورة ظاهرة
فان الشرط يصح وتمام مسئلة الدارين وكيف الشرط في المتن وزاد لفظ المساواة بينهما قال
وان خلطها بجنسها حتى لا يتميز فهو ضامن وقالا يشاركه ان شاء الخلط على وجوه اربعة احدها
خلط الجنس كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والثاني
خلط الجنس بغيره كالحنطة بالشعير والخل بالزيت ونحو ذلك والثالث خلط بغير جنسه فعند ابي حنيفة
الخلط استهلاك في الوجوه كلها فيضمنها وينقطع حق المودع عنها وعندهما الحكم كذلك في الفصل الثاني
لكونه استهلاكا صورة ومعنى وعندهما في الفصل الاول وهو المذكور في المتن ان شاء اشركه فيه وان شاء
ضمنه لانه امتنع وصوله الى عين حقه صورة فقد امكنه معنى بواسطة القسمة فلم يكن استهلاكا من
كل وجه فيتخير وله انه استهلاك من وجه لتعذر الوصول الى عين حقه والقسمة تثبت بعد
ثبوت الشركة فلا يصلح موجبة لها واما الفصل الثالث فعند ابي حنيفة يجعل الاقل تبعا
للاكثر اعتبارا للغالب وعند محمد شركة بكل حال ولو اذاب الدراهم والدنانير فخلط فهو من
الفصل الثالث لانه صار مايعا بالاذابة ولو ابرأ المودع الخالط برئ عن الضمان مطلقا عند
ابي حنيفة لان حقه بالدين وقد سقط بالابراء وعندهما يسقط اختيار الضمان بالابراء فيتعين الشركة
في المخلوط واما الفصل الرابع فيوجب انقطاع حق المالك بالاجماع لكونه استهلاكا من كل وجه
لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس نقل صاحب الهداية من هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير
في الصحيح لان احدهما لا يخلو من حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة قال وان اختلطت بغير صنعه
كان شريكا هذا بالاتفاق لانه لا صنع له فيه فلم يكن متعديا فانتفى سبب الضمان قال ولو انفق ورد
مثله فخلط بالباقي ضمن الجميع او دفع بعضها فانفقه ثم هلك الباقي ضمنه بقدره اما المسئلة الاولى
فلانه استهلك الوديعة بخلط ماله بها على وجه لا يتميز على ما قدمناه واما الثانية فقال ابن حسه

قال

قال عبد الملك الماجشون من اصحاب مالك ان كانت مختومة لم يبرأ عن الضمان الا برده الى ربها
فان اتلف بعضها ضمن جميعها لانه متعد في كلها ذكره في الجواهر وقال في المعونة عن عبد الملك فيما
اذا انفق بعضها ورد مثلها انه يضمن الجميع لانه قد خرج عن الامانة وصار متعديا فاخذها ورده اياها
لا يزيل عنه الضمان كما لو جحدها ثم اعترف ومشهور المذهب انه لا يضمن الا بقدر ما انفق لان الذي اوجب
عليه الضمان تعديه بالاخذ فاذا ردها فقد زال التعدي فسقط الضمان قال واودعها عند آخر
فالاول ضامن وخيراه اذا اودع المودع الوديعة عند آخر قال ابو حنيفة الاول ضامن وقالا يخير المالك
في تضمين من يشاء منهما لان الاول ضامن بدفعه الى الثاني والثاني ضامن بقبضه وكل من ذينك الامرين
تصرف في الوديعة بغير اذن المالك فيضمنان كمودع الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع وان ضمن الثاني رجع
على الاول لكونه عاملا له وله ان الاول لا يضمن بمجرد الدفع ما دامت الوديعة بحضرته لامكان الحفظ
بنفسه فاذا افترقا ضمن بترك الحفظ الملتزم والثاني اخذ المال من يد امين وقد هلك في يده بغير صنعه
فلم يضمن كالقصار اذا دفع الثوب الى اجيره فتخرق بدقه ضمن القصار دون الاجير قال او طولب بها فحبسها
ضمن صاحب الوديعة اذا طالب المودع بها فحبسه عنها وهو يقدر على تسليمها اليه ضمنها لان الرد واجب
على المودع لقوله تعالى ان تؤدوا الامانات الى اهلها وقوله عليه السلام اد الامانة الى من ائتمنك فلما
طالبه بالوديعة فقد عزله عن الحفظ فاذا حبسها فقد امسك مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان قال
او تعدى ثم ازاله يزيد الضمان اذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه
او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي ورده الى يده زال الضمان عندنا وقال
الشافعي لا يزول لانه لما ضمن بالتعدي ارتفع حكم العقد لوجود المنافي فلا يبرأ الا بالرد على المالك
ولنا ان الامر بالحفظ باق لاطلاقه وانما ارتفع حكم العقد لوجود التعدي فاذا ارتفع عاد حكم العقد
لقيام الامر كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي الى صاحب الملك
قال او جحدها ثم اعترف لم يزل المودع اذا طولب بالوديعة فجحدها ضمن لانه لما طالبه عزله
عن الحفظ فصار بالامساك غاصبا مانعا فيضمن فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ من الضمان لارتفاع
حكم العقد اذ المطالبة رفع من جهة المالك والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة واحد
المتعاقدين البيع فتم ارتفاع حكم العقد فلا يعود قال ومنعنا الضمان بالجحود في غيبة المودع
رجل سأل المودع فقال ما لفلان عندك وديعة فجحدها لم يضمن عندنا وقال زفر يضمن لانه بالجحود حوّل
يد الغاصب المالك الثابتة على المال حكما فيضمن اذا هلك كالغاصب وبيانه ان يد المودع على المال

حقيقة وانما كان يبرء بيد المالك حكما باعترافه فبالجحود يرتفع ولنا ان المالك لم يعزله عن الحفظ
وانه ظاهر ولا دلالة لعدم المطالبة بالرد فيكون عقد الايداع باقيا فيكون يده الحكمية قائمة ولان
الجحود قد يكون من الحفظ عند غيبة المالك صونا لها عن طمع طامع فلا يكون موجبا للضمان قال ولو تصرف
فيها فربح يتصدق به وامره بالتصدق به لابي يوسف انه ضمن الوديعة بالتصرف فكان ربحا حاصلا عن
والمنهي عنه ربح ما لم يضمن فيكون هذا طيبا له لانه ملكه ولهما ان عدم الملك في افادة الخبث فوق
عدم الضمان وهاهنا عدم الملك فبالاولى ان يلزمه التصدق بالربح الحاصل من ملك غيره وهذا لان
الخبث ظاهر عند عدم الضمان فيما اكتسبه من المبيع قبل القبض لانه لم يكن في ضمانه فلا يطيب له الاكتساب مع قيام
الملك والطيب يحصل بالملك والضمان جميعا وينتفي بانتفائهما وعدم ضمان الاصل يستلزم خبث الربح
فعدم الملك الاصل اولى لانه اذا كان في ضمان غيره جاز ان يصير ملكه باداء الضمان مستندا الى وقت
وجوبه فيكون ملكه متيقنا فيكون الربح حاصلا له من ملك غيره من وجه وقد وجب التصدق به فلان يجب
من الربح الحاصل من ملك غيره من كل وجه اولى قال وللمودع ان يسافر بها فله ذلك مع الامن وعدم النهي
وقالا ان لم يكن لها حمل ومؤونة فذهبك فهي ان المودع ليس له ان يسافر بالوديعة لان المالك
وان اطلق الحفظ بالعرف يتقيد بالمتعارف وهو الحفظ بالمصر كما اذا استحفظ باجر ومذهبهما
جواز ذلك ان لم يكن للوديعة حمل ومؤونة والمنع ان كان لها حمل ومؤونة لهما انه حصل النهي عن السفر
دلالة لان المالك يلزمه اجرة رد الوديعة ولم يلتزمها والظاهر عدم الرضا بها فكان الظاهر
نهيه عن ذلك لئلا يلزمه ما لم يلتزم وكان ذلك بمنزلة النهي صريحا بخلاف ما اذا لم يكن لها حمل ولا مؤونة
ولانتفاء النهي صريحا ودلالة ووجود الامر بالحفظ مطلقا ومذهب ابي حنيفة جواز السفر الا ان ينهاه
صريحا او يكون الطريق مخوفا لانه اتى بما امر به وهو الحفظ وبين الحفظ لا مع السفر ولا تحقق مطلق الحفظ
الا في ضمن احد هذين الحفظين الخاصين اذ مطلق الحفظ جزء منهما فكان الامر بالمطلق امرا بتحصيله في اي
هذين اتفق بالضرورة واذا كان مامورا فلزوم الاجرة مرضي ضرورة امتثال امره ولان العرف
فيه مشترك فيتقيد بما يرضى به بتحصيل الحفظ هذا المودع ماله ولم يكن مقيدا اما العرف فهو كونهم
في المصر ان الحفظ لا يقتضي على المصر بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فاقتضى التسليم
في مكان العقد وبخلاف ما اذا نهاه عن السفر فسافر فانه يضمن لان النهي مفيد اذ الحفظ في المصر
اكمل منه في المفازة بخلاف ما اذا كان الطريق مخوفا لقيام النهي دلالة قال واذا اودعا مكيلا
او موزونا وغاب واحد وطلب الآخر نصيبه فدفع اليه فهو ضامن رجلان اودعاه مالا مما يكال

او يوزن

او يوزن عند رجل ثم غاب احدهما وحضر الآخر يطلب نصيبه قال ابو حنيفة لا يدفع اليه شيئا وان دفع
ضمن وقالا يدفع اليه نصيبه لهما ان الحاضر اودع نصف الوديعة وله حق الاسترداد فيلزمه الدفع
اليه كما في الدين المشترك ولانه يملك اخذه بنفسه بالاجماع وانه يطلب التمكين مما له ولاية الاخذ
فلا يكون له حق المنع منه وله ان الحاضر يطلب نصيب الغايب لانه يطالب بالنصف مفرزا وحقه
ونصيبه في المشاع والمفرز مشتمل على الحقين فلا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة اجماعا
الا ترى انه لو قسم وسلم وهلك النصف الباقي بحضرة الغايب كان له ان يشارك الحاضر فيما اخذ فاذا تعذر
دفع النصيب مشاعا ولا قدرة له على القسمة فامتنع التسليم بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه
لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها واما القبض فانما جاز له لقيام الملك له في النصف الشائع والملك
اذا ثبت في المحل شايعا وهو غير متعين ثبت حق القبض بحكم الملك كما ان له مطالبة الشريك بالقسمة
لقيام الملك فصح القبض اما الدفع يستلزم القسمة وليس للمودع ولاية القسمة فلم يكن اجبار على ذلك
ونظير هذا اذا كانت الغرماء عند ابنائه وديعة وعليه الف لغيره فللغريم ان ياخذ اذا ظفر به
وليس للمودع ان يدفع الالف اليه قال وان اودعهما ما يقسم فاقتسماه ودفع احدهما قسمته الى شريكه فهو
ضامن وان كان لا يقسم جاز حفظ احدهما باذن الآخر رجل اودع شيئا مما يقسم عند رجلين قال ابو حنيفة
يجب عليهما اقتسامه فيحفظ كل واحد منهما نصيبه ولا يجوز لاحدهما ان يدفع الى الآخر نصيبه فان دفع اليه
فهلك عنده فالاول ضامن دون الثاني واذا كان مما لا يقسم جاز لاحدهما ان يحفظ الآخر باذن صاحبه
وقالا يجوز ذلك في الوجهين وهكذا الكلام في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر لهما
انه رضي بامانتهما وهو يعلم ان اجتماعهما عليه دائما غير ممكن فكان راضيا بالقسمة عينا وبالقسمة زمانا بالمهاياة
فيحفظ هذا زمانا وله انه امرهما جميعا بحفظه فانهما لما ان يحفظا عليه دائما اجتمعا او تهايئا او يقتسماه والاول
غير مراد للتعذر وتعين الثاني فيما لا يقسم لرضاه بذلك دلالة وتعين الثالث فيما يقسم لانهما بالقسمة يكونان
حافظين الوديعة في كل الازمان بخلاف المهاياة لان الفعل اذا اضيف الى ما يقبل التجزي تبينا ولي
البعض دون الكل فصار كانه قسمها بينهما نصفين فوقع التسليم الى الآخر بغير رضا المالك فيضمن
الدافع دون القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده قال ويضمن الصبي والعبد المودعين ما اتلف
المحال وقالا لا يضمن العبد وصح بعد العتق رجل اودع شيئا عند صبي محجور فاتلفه قال ابو حنيفة ومحمد
لا ضمان على الصبي اصلا ولا على العبد ما دام عبدا فاذا عتق ضمن وقال ابو يوسف يضمنان لانهما
اتلفا مال غيرهما فيضمنان سواء صحت الوديعة او لم تصح لانها ان صحت فقد استهلكاها وان لم تصح فقد

اتلفا مال الغير ولا اتلاف سبب الضمان في الحال و لهما انه وجد المقتضي للرضا باتلافه ماله والمانع
لا يصلح معارضا فانتفى الضمان اما وجود المقتضي للرضاء فلانه مكن المودع من اتلاف ماله باثبات
يده عليه حقيقة اذ الاتلاف يستلزم تقدم وجود اليد وهذا دليل الرضا به وهو الاستحفاظ لم يصح لان
الاستحفاظ الصبي والعبد المحجور استحفاظ من ليس باهل لالتزام الحفظ اما الصبي فالحجر معنى في ذاته
فلم يصح التزامه اصلا واما العبد وان صح التزامه باعتبار نفسه لكونه مكلفا لكن لا يصح في المولى فلم يصح
التزامه بالضمان للحال نظرا للمولى وصح بعد العتق لصحة التزامه في حق نفسه بخلاف الحر المكلف لان الاستحفاظ
صحيح والتزام الحفظ صحيح فعارض دليل الرضاء بالاتلاف فلم يترتب عليه موجبه قال ولو دفع العبد
الوديعة الى مثله محجور فلما كان ان يضمن الاول بعد العتق فقط ويخيره في ايهما شاء في الحال ووافق
الاول في الاول والزم الثاني للحال وقيل بعد العتق رجل اودع عبدا محجورا الوديعة فاودعه عند
عبد آخر محجور قال ابو حنيفة الضمان على العبد الاول وليس على العبد الثاني ضمان ووجهه لان المودع المحجور
لا يضمن بالاتلاف في الحال اذا كان عبدا وانما يضمن بعد العتق لما تقرر في السابقة والثاني مودع المودع
ولا ضمان عليه عنده حتى يتعدى ولم يوجد منه الجناية به ولا التعدي فانتفى سبب الضمان وذكر في المختلف
ان له ان يضمن الثاني للحال لانه لم يسلطه المالك ولم يرض بقبضه فصار ضامنا بفعله وانما يؤاخذ به
في الحال ولكن الصحيح ما ذكر في غيره من الكتب لانه مودع على ما بيناه والمذهب يأتي تضمينه اذا
لم يوجد منه ضمان به فلذلك قلت في الكتاب فقط اي ليس على الثاني ضمان وقال ابو يوسف له تضمين
ايهما شاء للحال لان مودع المودع يضمن عنده وكذا المودع المحجور يضمن بالاتلاف في الحال والدفع منه
الى الثاني اتلاف اولانه لما لم يصح قبول الاول عنده فكان اخذه الوديعة كمن غير ايداع فلانه ضمان
الحفظ بعقد وضمان العقد لا يلزمه فبقي ضمان التسليم وهو مؤاخذ به للحال لانه ضمان فعل واما
الثاني فانه قابض مال غيره بغير اذنه وكان ضمانه ضمان فعل فيضمن في الحال وقال لا يضمن الاول
حتى يعتق كما قال ابو حنيفة واما الثاني فالحكم في المنظومة انه لا يضمن الا بعد العتق ووجه
ما ذكر في المختلف انه لو ضمنه للحال يرجع به على الاول لانه استعمله وذلك يستلزم تضمين
المودع المحجور قبل العتق وهو يقول به والمذكور في التقريب وشرح مختلف الفقه ان له تضمين
الثاني في الحال عنده واما الاول فلان الضمان ضمان عقد فلا يلزم الا بعد العتق واما الثاني فانه
قبض ملك غيره بغير اذنه فصار ضمان فعل فيلزمه للحال وهو لا خلاف محمول على اختلاف الرواية
طلبا للتوفيق فنقلتهما في المتن قال او عند ثالث مثلهما فالاول كالاول والثاني ضامن للحال فقط

ويخيره

ويخيره في ايهما شاء ووافق الاول في الاول وخير في الآخرين فلو اودع العبد الثاني تلك الوديعة
والصورة بحالها عند ثالث محجورا عليه قال ابو حنيفة لا يضمن الاول الا بعد العتق ويضمن الثاني للحال
دون الثالث وهذا معنى قولنا فالاول كالاول اي يحكم العبد الاول في هذه المسألة كحكم العبد الاول
في المسألة واما الثالث فانه مودع المودع فلا تعدي له فيه فلا ضمان عليه واما الاول فلما مر واما الثاني
وان كان مودع المودع الا انه فرط بالتسليم الى الثالث فيضمن للحال وقال ابو يوسف له ان يضمن للحال ايهم
شاء كما يقتضيه اصل مذهبه لان الاول سلم مال غيره بغير اذنه فكان ضمان التسليم ظاهرا وكذلك الثاني
والثالث قبض مال غيره بغير اذنه وكان ضمان فعل فله ان يأخذ به ايهم شاء للحال وقال محمد يضمن الاول
بعد العتق لانه ضامن للحفظ بالعقد ولا يلزمه في الحال فتأخر الى زمان العتق وهو بالخيار في الاخيرين
لان كلا منهما قبض مال غيره بغير اذنه فكان ضمان فعل فيؤاخذ به للحال

كتاب العارية

العارية مشتق من التعاور الذي هو التداول سمي عقد الاعارة به لوجود التداول في العين بها وتناول
الايدي عليها ويجوز ان يكون من العرية اي العطية الا ان العرية مختصة بالاعيان والعارية مختصة بالمنافع
ويجوز ان يكون التسمية لتعري هذا العقد عن العوض وهو عقد مندوب اليه لما فيه من قضاء حاجة المسلم
قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وذم المانع بقوله ويمنعون الماعون اي العواري من القدر
والقدوم ونحوها وذكروا استعار عليه السلام درعا من صفوان فلما كان التمليك تارة بعوض واخرى بغير عوض
والاعيان قابلة لكل منهما كانت المنافع كذلك فالاجارة بالعوض والاعارة بغير العوض قال
وتفيد تمليك المنافع بغير عوض اختلف عبارة اصحابنا في تفسير العارية فالمشهور هو ما اختاره ابو بكر
الرازي وهو الصحيح انها هبة المنافع وقال ابو الحسن الكرخي هي اباحة المنافع والذي حمله على ذلك ان المستعير
ليس له ان يؤجر ولو ملك المنفعة ملك اجارتها ووجه الاول ان المستعير له ان يعير غيره ولو كانت
اباحة لما ملك ذلك فان من ابيح له الطعام لم يكن له ان يبيحه لغيره وانما لم تجز الاجارة لان المستعير ملك
المنافع على وجه لا ينقطع حق المالك عنها فلو جاز له الاجارة لتعلق بالاجارة استحقاق الفسخ
برجوع المعير ولان الاجارة اقوى والزم من الاعارة والشيء لا يستتبع مثله فما ظنك بالاقوى ان لا يستتبع
الاقوى ولا يكون الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه فاذا اعار مكيلا او موزونا كان قرضا حقيقة
العارية ان محلها المنفعة والعين قائمة كالثوب والعبد والدار والدابة والاشارة الى ذلك من الزوائد
فعلى هذا اذا اعار ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه تسمى ذلك عارية مجازا وانما هو قرض في
المعنى كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب وذلك لان الاعارة لما كانت تمليك
المنافع

[illegible]

ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فتقتضي ذلك تمليك العين وذلك بوجهين الهبة والقرض
الا ان القرض ادناهما منيت او لتيقن مقتضيه الاعارة الانتفاع بالمنفعة ورد العين فاقيم
المثل مقام العين وهذا فيما اذا اطلق العارية فان قيل اعارة الدراهم بنوع شغل مثل ان يزين بها
موضعا او يعير بها ميزانا يتقيد بما قيده وصار كما اذا استعار آنية يتجمل او سيفا محلى يتقلد به قال
ويجعلها امانة العارية امانة اذا هلكت من غير تعد لم يضمن المستعير وقال الشافعي يضمن لانه قابض مال
غيره قبضا غير مستحق فيضمن والاذن بالقبض ثابت ضرورة ثبوت الاذن في الانتفاع وما ثبت بالضرورة
لا يتعدى محل الضرورة فيثبت موضعه للمقبوض من حيث الاطلاق الانتفاع منه خاصة ويبقى الاذن فيما يرجع
الى العين عدما وهذا لان عقد الاعارة وارد على المنفعة لا العين وكان الاذن في حق قبض العين ضروريا
للتمكن من الانتفاع فلا يظهر فيما وراء الاطلاق الانتفاع وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا قوله عم
على المستعير غير المغل ضمان اي غير المتعدي عما اطلق له ولان الضمان وجب اما بالعقد او بالتعدي
والعقد لا ينبئ عن الضمان لانه موضوع للتبرع بالمنافع ملكا واباحة والقبض لم يقع تعديا لانه ماذون
فيه من قبل المالك لانه لا يمكن الانتفاع الا بعد القبض فيكون الاذن بالانتفاع اذنا بما يتوقف عليه بالضرورة
فلا يكون فيه متعديا مع انه ماذون فيه قصدا او ضرورة الاذن للانتفاع الذي لا يمكن الا به ولم يتجاوز ما حد له
فلا يكون متعديا بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه مضمون بالعقد لان الاخذ في عقد له حكم العقد قال
ويصح باعرتك ومنحتك اما منحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد بهما الهبة لان اللفظ
موضوع لهبة العين فاذا لم يرد بها ما وضع اللفظ له حمل على هبة المنافع مجازا واما اخدمتك هذا العبد فلانه
اذن صريح في الاستخدام وهو معنى الاعارة واما داري لك سكنى فمعناه اي سكناه داري لك وكذا قوله
سكنى اي سكناه لك عمرك قال ويجيز للمستعير ان يعير ما لا يختلف بالاستعمال قال اصحابنا للمستعير
ان يعيرها استعمال بشرط ان لا يكون مما يختلف باختلاف المستعملين وقال الشافعي لا يجوز له ذلك على
الاظهر لانه مستبيح بالاذن كالضيف ولان العارية اباحة المنافع فلا يملك اباحتها غيره وهذا لان المنافع
معدومة فلا يتقيد التمليك واقامتها في الاجارة مقام الاعيان للضرورة وهي مندفعة هنا بالاباحة ولنا
انما نملك المنافع على ما مر فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة كما اعتبرت المنافع قابلة للتمليك في الاجارة
اعتبرت هنا دفعا للحاجة وانما قيد بالجواز بما لا يختلف بالاستعمال لان المعير رضي باستعماله دون غيره
فتتفاوت مع الاختلاف لحاق ضرر بالمعير وهو مدفوع عنه ثم الاعارة على وجوه اربعة احدها ان يكون
مطلقة في الوقت والانتفاع كمن استعار دابة او ثوبا ولم يبين وقتا ولا منفعة ولا عينا مستعملا فله
ان ينتفع بذلك

اي

اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يعيد في كل منهما بان استعاره يوما ليستعمله
بنفسه فليس له ان يتجاوز ذلك عملا بالتقييد الا فيما لا يكون الخلاف الى مثل ذلك او خير منه والثالث ان يكون
مطلقا في الانتفاع بان استعار دابة ليحمل عليها حنطة فله ان يحمل الحنطة متى شاء والرابع ان يكون
مقيدا في الوقت مطلقا في الانتفاع بان استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله ان يحمل ما شاء
في اليوم وان امسكها بعد الوقت حتى ان ينتفع بها في اليوم الثاني وقيد يضمن بمجرد الامساك لكونه ماسكا
مال الغير بغير اذنه واذا اختلفا في الوقت والمكان وما يحمل عليها فالقول قول المعير مع يمينه لان
الاذن مستفاد منه فيثبت بقدر ما اقر به وما زاد فالمستعير متعد فيما له باذن له فيضمن
قال وليس له ان يؤجر لان الاعارة دون الاجارة فلا تتضمنها ولانها لو صحت لكانت لازمة لانها
تصدر بتسليط من المعير وفي اللزوم زيادة ضرر على المعير حيث لا يتمكن من الاسترداد الى انقضاء المدة فابطلنا
نظرا له وضمنه حين سلم لان العقد اذا لم يتناول الاجارة كان غاصبا وللمعير ان يضمن المستاجر لانه قبض
مال غيره بغير اذنه واذا ضمن المستعير فلا رجوع له على المستاجر لانه ما ضمن كان موجرا ملك نفسه وان ضمن المستاجر
رجع على المستعير ان لم يكن علم انه عارية في يده دفعا لضرر الغرور عنه وان علم لا يرجع قال
فان استعاره ليرهنه جاز لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء فصار لو استاذنه
ان يقضي دينا عليه من ماله فاذن له كان صحيحا وعلى المسئلة وما يتفرع عليها من الزوائد
قال وان قيد بقدر او جنس او مكان لم يتجاوز لانه لا يخلو اما ان اطلق ولم يسم ما يرهنه
فللمستعير ان يرهن بالقليل والكثير وبأي جنس شاء عملا بالاطلاق وان سمى قدرا يرهنه
عليه او جنسا معينا لم يجز له ان يتجاوز ذلك لان التقييد مفيد فان رهنه على اكثر او خالف
في جنس كان ضامنا لقيمة الثوب المستعار لان ذلك تصرف غير ماذون فيه فكان غاصبا
وللمعير ان ياخذه من يد المرتهن لان الرهن لم يصح وكذلك لو استعاره ليرهنه بالكوفة
فرهنه بالبصرة كان ضامنا لان التقييد مفيد وكذلك لو قيده بان يرهن عند انسان بعينه
لا يجوز له ان يتجاوزه قال ولو هلك بعد الفكاك او قبل الارتهان فلا ضمان لان قبض المستعير
غير مضمون وانما يتعلق الضمان باعتبار استيفاء الدين منه ولم يستوف قال او في يد المرتهن
ضمن الراهن للمعير قدر ما يسقط عنه بالهلاك من الدين لان الضمان قد وجب باعتبار الاستيفاء
فيتقيد بقدره والمعير بمنزلة رجل اذن لآخر ان يقضي دينه من وديعة عنده فما قضى
مضمون عليه وما لم يقض فهو امانة ذكره المسائل في الايضاح قال وان اعار ارضه للبناء

والغرس كان له ان يرجع ويكلفه تفريغهما اما الرجوع فان للمعير ان يرجع في العارية
متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع معدومة وانما تحدث
شيئا فشيئا على حسب حدوثها فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فكان له الرجوع فيه واما اذا ذكر
مدة فلانها منفعة معلومة يصح ان يملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع صار المستعير شاغلا
ارضه بغير رضاه فيكلف تفريغها قال فان وقت فرجع قبله كره ولزمه الضمان فقيل
ما نقصها القلع وقيل قيمتهما ويكونان له الا ان يرفعهما المستعير وقيل ان ضر الارض يخير المالك
اذا اعار ارضه لرجل ليبني فيها او يغرس عشر سنين فبنى المستعير او غرس ثم بدا له فرجع
قبل انقضاء المدة فله ذلك لما مر وكره لما فيه من خلف الوعد ولزمه الضمان عندنا وقال
زفر لا ضمان ثم اختلف الرواية فقال القدوري يلزمه ضمان ما نقص البناء والغرس بالقلع
ووجه ذلك انه مغرور من جهته لانه وقت له وقتا والظاهر هو الوفاء وقد اطمأن الى ذلك فيحكم له بالرجوع
دفعا للضرر عنه بخلاف ما لو اعار واطلق لانه لم يوجد من المعير ما يوجب غرور المستعير لان المستعير يعلم
ان له ان يرجع متى شاء فكان مغترا لا مغرورا وقال الحاكم الشهيد يضمن رب المال للمستعير قيمة بنائه
وغرسه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما لانه يملكه فله رفعهما وقيل اذا
كان في القلع ضرر بالارض فالخيار لرب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح
بالاصل وهذه الاقوال زوائد وقال زفر لا ضمان عليه اصلا لان التوقيت لم يكن ملزما ثم له
شيئا فالحال بعد التوقيت كالحال مع الاطلاق قال وان اعار للزرع فلا رجوع قبل حصده مطلقا
اذا اعار ارضه لرجل ليزرعها فليس للمعير الرجوع قبل ان يحصد زرعه مطلقا سواء اطلق الاعارة
او وقتها والفرق ان للزرع نهاية معلومة وفي الترك الى الحصاد مراعاة الحقين بخلاف الغرس
والبناء لانه ليس لهما نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك والمسئلة من الزوائد قال
والمستعير يكتب اطعمتني ارضك وقالا اعرتني اذا اعار ارضه للزراعة واراد ان يكتب صكا بذلك
كتب هذا ما اطعم فلان ارضه العلانية المحدودة الى فلان عند ابي حنيفة وقالا يكتب هذا ما اعار
لان لفظ العارية صريح في المعنى فكان اولى بالكتابة وله ان لفظ الاطعام ادل على المعنى المقصود لان
اعارة الارض للزراعة لا بد لها من مدة مديدة لا يدل عليها الاعارة مطلقا لان المعلوم ان الارض
لا تطعم حقيقة فكان المعنى ابقاء الارض في يده حتى يوجد فيها ما يطعم فكان هذا اولى قال
ويؤدي المستعير والموجر والغاصب اجرة رد العارية والعين المستاجرة والمغصوب اما المستعير

فاجرة

فاجرة الرد عليه لان الرد على المعير واجب لان قبضه منه لمنفعة نفسه دون المعير ولا جرم مؤنة الرد
فيكون عليه واما الموجر فاجرة رد العين المستاجرة عليه لان الرد ليس بواجب عليه بل عليه التخلية
والتمكن من الاخذ لان منفعة قبضه للموجر معنى باعتبار اخذ العوض واذا لم يجب الرد لم يجب مؤنته
واما الغاصب فعليه اجرة رد المغصوب لان الرد على المالك واجب عليه والاجرة مؤنته فيجب
تبعا لوجوب الرد قال واذا استعير رد الدابة الى اصطبل مالكها او مع عبده او اجيره او عينا مستعارة
او مستاجرة الى داره برئ دون الوديعة هذا استحسان والقياس ان لا يبرأ حتى يسلمها الى المالك نفسه
لان ذلك تضييع وليس بتسليم وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف ورد الدواب الى الاصطبل
المتعارف كالمنصوص عليه وكذلك لو ردها مع عبده او اجيره والمراد بالاجير ان يكون مسانهة
او مشاهرة لا مياومة لانه لا يكون في عياله وهذا لان العارية امانة فله ان يحفظها بمن في عياله
وعبده واجيره الخاص من عياله كما في الوديعة وكذلك لو ردها مع عبد رب الدابة او اجيره
لرضاء المالك بذلك لانه اذا ردها عليه سلمها المالك الى عبده او اجيره وقيل هذا اذا كان العبد يقوم
على الدواب وهو الاصح الا الاطلاق واما العين المستعارة والمستاجرة فاذا ردها الى دار المالك برئ
لما بينا من وجه العرف في ذلك واما الوديعة فلا يبرأ بردها الا بتسليم الى المالك وكذلك الغاصب
المغصوب لان الغاصب يجب عليه نقض فعله وذلك بالرد على المالك واما المودع فلان مالكها
لا يرضى بردها الى الدار ولا الى يد من في عياله لانه لو ارتضاه لما اودعه اياه بخلاف العارية لان فيها عرفا
حتى لو كان المستعار عقد جوهر ونحوه لم يردها الى المعير لعدم العرف في مثل ذلك في الشفاء والله اعلم

كتاب اللقيط

قال وهو الملقوط فعيل بمعنى مفعول سمي به باعتبار
مايؤول اليه وهو اسم للطفل ماخوذ من لقطته اذا اخذته من الارض او من الالتقاط بمعنى الهجوم على الشيء
بغتة كقول الراجز ومنهل وردته التقاطا وكذلك المولود يهجم عليه من غير طلب ولا قصد واللقيط
في الشريعة اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنا مضيعه آثم ومحرزه غانم
لما في احرازه من احياء النفوس فانه على شرف الهلاك واحياء الحي هو يدفع سبب الهلاك عنه قال التقاطه
ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا مندوب اليه ان كان تغلب على ظنه انه لا يهلك بان كان
في قرية او مصر لما ذكرنا ومتى غلب على ظنه انه يضيع ويهلك بان كان في مفازة او مسبعة فالتقاطه واجب
دفعا للهلاك عنه قال وحكم بحريته وليس لغير الملتقط اخذه منه وينفق عليه من بيت المال اما الحرية
فلانها هي الاصل في الدار دار الاسلام واما لم يكن لغير الملتقط اخذه من الملتقط لان يده عليه اسبق وقد ثبت

حق الحفظ له بالسبق فلا يتمكن غيره من ابطال يده لعدم حق واما النفقة فلانها تجب في بيت المال لانه
عاجز عن التكسب بالكسب وهو فقير ولا قرابة له فاشبه المقعد الذي لا مال له وهو مروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما
وروي ان عمر رأى منبوذا اباجلنه وقد وجد منبوذا فاتى به اليه فقال عسى الغوير ابؤسا نفقته علينا
وهو حر وهذا شك عند التهمة فقال ابن الاعرابي انما عرض رضي الله عنه بالرجل اي لعلك صاحب اللقيط
تريد انك تنبت باسمه وادعيته لقيطا فشهد له جماعة بالخير وتركه وكان ميراثه لبيت المال وجنايته
عليه وكانت نفقته عليه قال فان انفق الملتقط كان متبرعا الا ان ياذن له القاضي بشرط الرجوع
او يصدقه اللقيط اذا بلغ انما كان الملتقط متبرعا لعدم الولاية الا ان يامره القاضي ليكون دينا عليه
لعموم ولاية القاضي فان اذن له ولم يشترط الرجوع ذكر الطحاوي انه يرجع عليه بعد البلوغ فانه قضى حقا
عليه واجبا بامر القاضي فصار كما لو قضى عنه دينه باذنه قال شمس الائمة والاصح انه لا يرجع لانه يحتمل
بقضاء حق واجب بغير عوض ترغيبا له في اتمام ما شرع فيه من التبرع وصار كقوله ادّ عني زكوة مالي فانه
لا يرجع الا بالشرط بخلاف الدين لانه وجب عليه بعوض ولو لم ياذن له القاضي فصدقه اللقيط بعد البلوغ
فله الرجوع عليه لانه اعترف بحقه وهذه الجملة من الزوايد قال ومن ادعى ان اللقيط ابنه ثبت نسبه منه
معناه اذا لم يدعيه الملتقط وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لتضمنه ابطال حق الملتقط ووجه
الاول ان ذلك اقرار للصبي بما ينفع له لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ويستتبع وجوب النفقة
والحضانة ثم قيل يكون مدعي النسب اولى من الملتقط به اذا صح النسب ترتب عليه الا ... فيه
يصح في ثبوت النسب وصح دون ابطال يد الملتقط قال فان ادعاه اثنان وذكر احدهما علامة
فيه او سبق كان اولى وان ادعياه معا ثبت منهما ولا نعتبر قول القائف اما اذا ادعياه وذكر احدهما
علامة في جسد اللقيط اولى من الذي لا يذكر لشهادة الظاهر له حيث وافقت العلامة دعواه والاخر لم يذكر
شيئا وسبق احدهما الاخر كان السابق اولى لانه ثبت حقه في زمان لم ينازعه دعوى الاخر الا ان يكون
للاخر البينة لانها اقوى واذا ادعياه معا ولم يسبق احدهما الاخر ثبت النسب منهما جميعا لعدم الاولوية
وهما استويا في السبب وقال الشافعي يعتبر قول القائف المدلجي والا فالقائف اخر وقد تمسك
ذكر بحديث رواه فيه واصحابنا رووا في ذلك ان عمر رضي الله عنه قال هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي
منهما ومن المعلوم ان القائف لا علم له بالحقيقة فالقضاء بقول من لا علم له باطل قال الله ولا تقف ما ليس لك به
علم قال ويرجح بالاسلام والحرية اذا ادعاه اثنان واحدهما مسلم والاخر ذمي او كان احدهما حرا
والاخر عبدا قدم المسلم والحر ترجيحا لما هو الانظر في حق اللقيط قال وان وجد في مصر من امصار المسلمين
وقراهم

فادعاه

فادعاه الذمي ثبت نسبه منه وكان مسلما او في قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة والواجد ذمي كان ذميا
وان كان مسلما بعينه وذميا سواك فانه اعتبر المكان او الواجد او الاسلام روايات اما اذا وجد في
مصر من امصار المسلمين او قراهم وقد ادعاه ذمي ثبت نسبه منه وكان مسلما استحسانا لان النسب
نافع له وهو لا يتضمن ابطال المسلم الثابت بتبعية الدار فيثبت منه ما ينفعه ويبطل ما يضره واما اذا
وجد في قرى اهل الذمة او الكنيسة المختصة بهم وكان الواجد ذميا فان اللقيط ذمي نظرا الى استتباع
الواجد والمكان جميعا وهذا الجواب رواية واحدة فان كان الذي التقطه مسلما في قرى اهل الذمة او كان
الملتقط ذميا في امصار المسلمين اختلف الرواية منه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لكونه اسبق وفي كتاب
الدعوى اعتبر الواجد وفي بعض النسخ وهو رواية ابن سماعة عن محمد ووجهه قوة اليد الا ترى ان استتباع الابوين للولد فوق
استتباع الدار حتى اذا سبي مع الصغير احد الابوين كان كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير وهذا
من الزوايد قال وان ادعاه عبد ثبت نسبه منه وكان حرا اما ثبوت النسب فلانه نافع واما الحرية فلان المملوك
قد تلد له الحرة والدار دار الاحرار فالحرية الظاهرة لا تبطل بالشك قال ولا يقبل دعوى عبوديته لان الحرية
ظاهرة نظرا الى استتباع الدار الا ان يقيم البينة على ذلك قال وان كان معه مال كان له اذا كان مع
اللقيط مال مشدود عليه او على دابة هو عليها فالمال له اعتبارا للظاهر وينفقه الملتقط عليه بامر
القاضي لان المال ضايع وللقاضي صرف المال الضايع الى مثله كذا قيل لا يحتاج الى اذنه في ذلك لان اللقيط
والواجد ولاية الانفاق عليه لسبق يده وشراء ما لابد له منه كالطعام والكسوة قال ولا يجوز تزويج الواجد
ولا تصرفه في ماله ويقبض عنه الهبة ويسلمه في صناعة ولا يواجره في الاصح اما التزويج فلانه يعتمد الولاية
اما بالقرابة او بالملك او بالسلطنة ولم يوجد واحد منها واما التصرف في المال فانما شرع لتثمره وذلك
يعتمد وفور الرأي الكامل والشفقة الوافرة والرأي ان وجد في الملتقط فلا يوجد كمال الشفقة
وفي الام ان وجد الشفقة الكاملة فلا يوجد في حقها كمال الرأي فاعتبر الملتقط بها في المنع عن التصرف
واما جواز القبض عنه الهبة فلان ذلك نفع محض يملكه ولهذا يملكه الصغير العاقل بنفسه ويملكه
الام ووصيتها واما التسليم في صناعة فلانه نافع له لانه من باب الحفظ والتثقيف واما المواجرة
فرواية القدوري جوازها وفي الجامع الصغير لا يجوز له ان يواجره وهذا هو الاصح والتصحيح من الزوايد
ووجه رواية القدوري ان المواجرة ترجع الى تثقيفه ووجه الرواية الصحيحة انه لا يملك
اتلاف منافعه فاشبه العم وهذا بخلاف الام لانها تملك منافعه على ما نذكر ان شاء الله تعالى قال وتمنع الام
عن استيفاء القصاص لو قتل اللقيط عمدا قال ابو حنيفة يجب القصاص ويستوفيه الامام وقال ابو يوسف

ومحمد رحمهما

لا يجب لانه لو وجب لولاية لانه لا يخلو عن ولي قريب اما الاب والام اذا كان له شدة والولي مجهول او ميتة فلا يصح القضاء له ولهما ان دم اللقيط معصوم يوجب القصاص باراقته وليس فيه الا الامام لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له فقد علم بهذا الحديث ان اقرب الناس اليه اذا كان مجهولا لا يكون وليا لا ينتفع به مع الجهالة به فالحق وجوده بعدمه قال وقبلوا شهادته بالزنا اللقيط اذا بلغ وشهد على انسان بالزنا او بما يتعلق به كاللعان وغيره لا تقبل شهادته وروي في ذلك مطرف ابن ماجشون من اصحاب مالك وظاهر المذهب هو قبول الشهادة كغيره لانه متهم في دفع العار عن نفسه حيث يقصد ان يجعل لنفسه شبيها وهو ولد غير معروف الاب فترد شهادته وعندنا تقبل لانه عدل تقبل شهادته فتقيد بالزنا اعتبار بغيره من الشهود والتهمة تندفع بالعدالة والله اعلم بالصواب

باب اللقطة قال يستحب اخذ اللقطة ورفعها خوفا من ان يصل اليها يد خائنة واخذها افضل عند عامة العلماء واذا خاف ضياعها يجب الرفع عليها قال كذا ذكره في الهداية صونا لاموال الناس عن الضياع وذكر في شرح القدوري للاقطع وقال اصحابنا يستحب اخذ اللقطة ولا يجب ومن اصحاب الشافعي قال يجب اذا خاف ضياعها ويستحب اذا لم يخف وهذا لا يصح لان كل معنى لو تركه لم يضمن اللقطة فانه لا يجب فيها اصله التعريف فان قيل المقصود من اخذها الحفظ فاذا لم ياخذها فقد ضيع الحفظ قيل له يبطل بما اذا امتنع من اخذ الوديعة فقد ترك التزام الحفظ ولم يضمن غير واجب والمختار ما ذكر لان صون اموال الناس عن الضياع يثبت به الاستحباب والتقاط اليد الخائنة مشكوك فيه بل الظاهر من المسلم العدالة وعدم التضييع وقال بعض اصحابنا اذا خاف على نفسه الطمع فيها وانه لا يعرفها ولا يردها فالافضل الترك صيانة لنفسه عن الوقوع في الحرام قال واذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليردها كان امينا ولم يشترط الاشهاد للقطة امانة بشرط ان يشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها وان لم يشهد ضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كذا في الهداية والمنظومة وفي شرح الاقطع قال محمد يشهد فقال ابو يوسف انه لا يضمن اذا لم يشهد والقول قوله مع يمينه انه اخذها ليردها ولو اقر انه اخذها ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان تصادقا انه اخذها ليس هاهنا يضمن بالاجماع لان تصادقهما كالبينة وجه قول ابي يوسف ان الظاهر شاهد له ولان المسلم انما يختار الحسبة دون المعصية ظاهرا ولانه مندوب من قبل الشرع الى اخذها فكان ماذونا له فيه فلا يضمن اصله المودع وله حديث زيد بن النجار ان النبي عليه السلام قال من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب ولا يغير فان جاء صاحبها وهو احق بها امرنا بالاشهاد عند الاخذ

وكان

٧

وكان شرطا في جواز الاخذ فاذا اخذ لا على ذلك لم يكن الاخذ على الوجه المشروع فيكون غاصبا ولانه اقرب سببا الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه وادعى ما يبرأه عن الضمان وهو مشكوك فيه والظاهر يعارضه ظاهرا اخر وهو تصرف الانسان لنفسه الان يعلم غيره يكفي في الاشهاد عليه ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي قال ويعرف مدة يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك هو الصحيح وتعريف ما دون عشرة دراهم اياما وهي وما فوقها حولا رواية القدوري رحمه الله هذه الرواية ومعنى قوله اياما اي على حسب ما يرى الملتقط ومحمد رحمه الله قدره في الاصل بحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام في اللقطة اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة ذكر سنة ووجه الاول بان الحديث ورد في اللقطة كانت تساوي مائة دينار او العشرة وما فوقها في معنى ذلك في تعلق الاستحلال الفرج وقطع اليد بسرقتها وليس في معناها في تعلق وجوب الزكاة فكان التعريف فيها بالحول اخذ بالاحتياط وما دون العشرة ليست في معنى الالف بوجه فيفوض الى رأي من ابتلي به على انه ورد فيه حديث عمر بن عبد الله عن جدته عن ابيها انه عليه السلام قال من التقط لقطة يسيرة درهما او حبلا او شبيه فليعرفها ثلثة ايام فتبين بالحديثين ان الحكم يختلف باختلاف مقادير اللقطة يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفها حتى خاف ان يفسد تصدق بها ومن شا نع الى الشيخ من الزوايد قال ثم يتصدق بها للفقراء فان جاء صاحبها فامضاها وان اخذ الملتقط او المسكين للفقراء وان كانت قائمة اخذها منه اذا عرفها المدة التي يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها فهو مخير بين ان يحفظها حسبة ورجاء للظفر بصاحبها وبين ان يتصدق بها عنه لان الواجب ايصال الحق الى من هو له بقدر الامكان وذلك بايصال العين عند الظفر بالمالك وايصال العوض وهو ثواب الصدقة على اعتبار اجازة التصدق بها فان جاء المالك بعد التصدق الخ اما ان يمضي الصدقة فيكون له ثوابها واما ان يضمن واغا كان مخيرا بين التضمين والامضاء لان الصدقة وان اذن الشرع فيها فانها لم ياذن فيها المالك فيتوقف على الاجازة وان لم يجز الصدقة فله تضمين الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه وان كان باذن الشرع الان اذنه مبيح فانه لا ينافي الضمان باعتبار حق العبد الا ترى ان الشرع اذن في تناول مال الغير بغير اذنه حالة المخمصة ثم لا ينافي الضمان ولو شاء ضمن المسكين حيناه اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما في يده اخذه ان شاء لانه عين ماله وايهما ضمن لا يرجع على احد اما الملتقط فلانه ملكها من وقت التصدق فيكون متصدقا بماله فلا يضمن غيره واما الفقير فلانه عوض ما وصل اليه وتضمينه واخذها قائمة من الزوايد قال وان اتلف العبد ما التقطه قبل التعريف ببيع او هبة او بعده طولب به للحال ولم يؤخر الى عتقه

طولب للحال

جند الملتقط لقطة فلم يعرفها او اتلفها جاء صاحبها يواخذ المولى بقضاء ضمانها او بيعه كما في ساير
اتلافات العبد وهذا بالاجماع وان اتلفها بعد تعريفها المدة المشروطة ثم جاء مالكها لم يطالب بها في الحال
عند مالك لانه صرف ذلك الى نفسه وهو محتاج اليه باذن صاحب الشرع بشرط الضمان وهذا ضمان تخصه فيطالب به
بعد العتق وعندنا يطالب به في الحال فيفديه المولى او يبيعه لانه ضمان استهلاك فيظهر في حق المولى
بالفداء او بالبيع في الضمان والمسئلة من الزوايد قال ويجوز للفقير ان ينتفع بها لان في ذلك نظرا من الجانبين
ولهذا جاز الدفع الى فقير اخر غيره قال ولا يجوز للغني لا يجوز للملتقط الغني ان ينتفع باللقطة عندنا خلافا
للشافعي فانه يجوز لحديث ابي اي خلطها فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها فكان من المياسير ولنا
ان اطلاق النصوص يمنع انتفاع الغير بمال الغير بغير رضاه والاباحة للفقير عارفناها من الامر بالصدقة
او بالاجماع وما رواه من انتفاع الغني كان باذنه عليه السلام وانتفاع الغني باذن الامام يجوز ولانه كان
فقيرا لقوله عليه السلام اعطها الملك لاستغنائه لجواز تملكه ما هو دون النصاب قال ولا يتصدق بها عليه
يعني على الغني وهذا لان مروته انما هو التصدق لقوله عليه فان جاء صاحبها والا فتصدق بها والصدقة على
الغني لا يجوز فاشبه الصدقة المفروضة قال ويجوز ان يتصدق بها الغني على اهله الفقراء لان في ذلك نظرا الى
الجانبين قال ويجوز في الشاة والبقر والابل والفرس قال في شرح الاقطع لان الخلاف في جواز الالتقاط مع الشافعي
وذكر في الهداية ان الخلاف في ان الترك هو الاولى عنده لحديث خالد الجهني جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه
فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم
قال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذيب فقال يا رسول الله فضالة الابل فغضب عليه السلام فقال
ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر حتى يلقاها ربها نهى عليه السلام عن اخذها وفي معناها
الفرس والبقر وهذا دال على عدم الجواز ووجه اولوية الترك ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة
لخوف الهلاك والضياع فاذا كان معها ما يدفع به عن نفسها قد ضياعها وكن يتوهم فيفضي بالكراهة
ويندب الى الترك ولنا حديث عياض بن حماد انه عليه السلام سئل عن الضالة فقال عرفها فان وجدت صاحبها
والا فهي مال الله والاصل هو الحمل على الاطلاق ولانها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة
لاموال الناس عن الضياع كما في الشاة وما رواه حكم ضالة الابل عند كونها محفوظة وخصوصا في زمنه
عليه السلام عند غلبة الامانة فلم يكن جهة الخوف عليها الا من الانفلات لا من ايدي الناس بخلاف زماننا
هذا لغلبة الخيانة وقلة الامانة والضياع متوقع غالبا والخلاف في المسئلة موضوع فيما اذا اغلب
على الظن ضياعها فحفظ مال المسلم اولى ونحن قد اسقطنا هذا الخلاف المذكور من المتن ويجوز مذهب
الشافعي ما ذكره
صاحب الوجيز

فقال

فقال الحلواني هي صنفان احدهما ما يمتنع من صغار السباع بفضل قوته كالابل والخيل والبغال والحمير او
لسرعة عدوه كالارنب والظبي المملوكة او بطيرانه كالحمام فان وجدها في عمران فللحاكم ونوابه
اخذها للحفظ وفي جواز اخذها للآحاد للحفظ وجهان اصحهما جواز وهو المنصوص لئلا يأخذها خائن
فيضيع واما اخذ للتملك فلا يجوز لاحد وان اخذها للتملك ضمنها ولا يبرأ عن الضمان بالرد الى ذلك الموضع
فان دفعها الى القاضي يبرأ على الاصح فان وجدها في بلدة او قرية او في موضع قريب منها فوجهان احدهما
التقاطها للتملك كالمفازة واصحهما جواز لانها في العمارة ويضيع بتسلط الخونة وقيل يجوز قطعا وقيل لا يجوز
قطعا هذا اذا كان الزمان زمان امن واما في زمان النهب والفساد فيجوز التقاطها وجدت في الصحراء
والعمران فما فصلوا بين العمران والصحراء المعروف انه لا فرق قال فان اذن له الحاكم في النفقة
والا كان متبرعا اما اذا لم يأذن له الحاكم فلانه لا ولاية له عليه قاصرة عن ذمة المالك واما اذا اذن له الحاكم فللحاكم
الولاية في مال الغايب نظرا له وقد يكون النظر في الامر بالانفاق على ما يفصله قال ويوجرها الحاكم
وينفق عليها من الاجرة ان كان لها منفعة والا باعها ان كان اصلح وحفظ ثمنها اما الاول وهو ما اذا كان
للبهيمة الضالة منفعة فان الحاكم يوجرها وينفق عليها من اجرتها فلما في ذلك من المصلحة وهو ابقاؤها العين
على ملك المالك من غير الدين بالنفقة واما الثاني فلانه اذا لم يكن فيها منفعة وكان من صلح بيعها واقر لحفظ
ثمنها لان ذلك ابقاء الضالة على ملكه معنى حيث تعذر الابقاء صورة لعدم المصلحة في ذلك حيث يستغرق
النفقة قيمتها ولا منفعة لها تقوم بازاء ذلك قال فان راى الانفاق مدة قصيرة اصلح امر به اذا راى
الحاكم المصلحة في الانفاق عليها اذن في ذلك قالوا انما يامر به يومين او ثلثة على حسب ما يراه رجاء ان يظهر
مالكها فان لم يظهر في تلك المدة امر ببيعها وحفظ ثمنها لان النفقة على وجه الاستمرار يستاصل قيمتها فلا يكون
في ذلك نظر للمالك فلهذا زاد هذا القيد اعني المدة القصيرة وقيل شرط الامر بالانفاق ان يقيم البينة
وهذا صحيح لجواز ان يكون في يده غصبا وفي الغصب لا يومر بالانفاق وانما يومر به في الوديعة فالبينة
لكشف الحال لا للقضاء وان قال ليس لي بينة فقال له القاضي انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت ليمكنه
الرجوع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا لجعلها دينا فيحبسها لاستيفائها في لفظ الجعل اشارة
الى انه لا يرجع على المالك اذا حضر ولم يبع الدابة اذا شرط له القاضي الرجوع كما بينا في اللقيط وهذه الرواية
هي الصحيحة ومعنى الحبس للاستيفاء ان المالك لما حضر وطلب اللقطة ان الملتقط المنعه منها حتى يحضر النفقة
لان الملتقط احيى اللقطة بالنفقة فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع ولا يسقط النفقة
لو نفقت الدابة قبل الحبس ويسقط لو نفقت الدابة بعده لانه بالحبس شبه الرهن قال

واذا ادعاها لم يدفع اليه الا ببينة ويحل له دفعها اليه بذكر علامة ولا يجبر اذا احضر رجل وادعى اللقطة
لم يدفع اليه الا اذا اقام البينة فان اعطى علامة فيها حل للملتقط ان يدفعها اليه من غير ان يجبر عليه ذلك
في القضاء والعلامة مثل ان يسمى وزن الدراهم ويذكر عددها ووعاءها ووكاءها وعند مالك والشافعي رحمهما الله
الاجبار على ذلك بذكر العلامة لان المنازعة في اليد دون الملك فيشترط ذكر الوصف لوجود المنازعة
من وجه ولا يشترط البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد مقصودة كما يقصد الملك فلا يستحق اليد الا
بحجة شرعية وهي البينة اعتبارا لليد بالملك الا ان حل الدفع اليه بما ورد من الحديث وهو قوله عليه السلام
فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا الامر للاباحة جمعا بينه وبين قوله في الحديث
المشهور البينة على المدعي واليمين على من انكر قال وسوى بين لقطة الحل والحرم ذكر الخلاف في الهداية
ان مذهب الشافعي وجوب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم لا يحل لقطتها
الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولان في التقاطها
بها بعد مضي المدة التي يجب التعريف فيها ابقاء لملك المالك فيمكن اعتبارا بلقطة الحل وتاويل ما رواه
لا يحل الا للتعريف والتخصيص بالحرم لنفي ما يتوهم من سقوط التعريف بناء على انه للغرباء ظاهر

كتاب الخنثى

قال واذا كان للمولود فرجان فان بال من احدهما او سبق اعتبر به
وان كانا معا فهو مشكل واعتبر بالاكثر الخنثى مشتق من التخنث وهو التكسر سمي به لانه نقص حاله عن حال
الرجال وزاد على النساء بان جمع الالتين فان بال من الذكر كان غلاما او بال من الفرج كان انثى لانه عليه السلام
سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ولان البول دليل على ان العضو الذي يخرج منه العضو الصحيح
والاخر عيب فينسب الى الصحيح وان بال منهما جميعا الا انه سبق من احدهما نسب الى الاسبق منهما لان
السبق دليل قوة العضو واصالته وان كانا في السبق سواء قال ابو حنيفة هو خنثى مشكل وقالا يعتبر
الاكثر منهما بولا فينسب اليه لان الكثرة دلالة اصل العضو وقوته فيجوز ان يعتبر به ولان للاكثر حكم الكل
مجازا ان يرجح به وله ان الكثرة لا يدل على القوة لجواز ان يكون لضيق مخرج احدهما وسعة الاخر وان كانا في البول
والفراغ سواء فهو خنثى مشكل بالاجماع لعدم المرجح قال واذا بلغ فظهرت امارات الرجال والنساء اعتبر
بها وان لم يظهرا وتعارضت كان مشكلا فيؤخذ فيه بالاحوط فيقدم على صف النساء فان صلى معهن اعاد
او مع الرجال اعاد من عن يمينه وشماله وخلفه ويصلي بقناع ويجتنب (في امور الدين) لبس الحرير والتحلي ولا يخلو به غير محرم
ولا يسافر الا مع محرم وتختنه امة تشترى له من ماله والا فمن بيت المال ثم تباع ولو ورث مع الابن فهو انثى
وقالا له نصف ميراث ذكر وانثى فيعطيه ثلاثة اسهم من سبعة لا خمسة من اثني عشر واذا مات يتيمم

ويكفن

ويكفن كالمرأة لانه خنثى لو وجد فيه احدى الامارات بعد البلوغ فانه ينسب اليها لا محالة فان بلغ
وخرج له لحية او وصل الى النساء او احتلم كالرجال او كان له ثدي كثدي الرجال فهو رجل فان ظهر له ثدي كثدي
المرأة او نزل به لبن في ثديه او حاض وحبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة وان اشكلت
حاله اما لعدم هذه الامارات او لتعارضها اخذ فيه بالاحتياط في امور الدين واذا اراد ان يصلي
وقف بين صف الصبيان والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال فيفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال
انه رجل منها فيفسد صلوته فان قام في صف النساء فالاحب ان يعيد صلوته اخذا بالاحتياط لاحتماله
كونه رجلا وان قام في صف الرجال اعاد يليه الذي على يمينه والذي على شماله والذي وراءه احتياطا لاحتمال
كونه امرأة ويكره ان يصلي بقناع لاحتماله كونه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة فانه اذا كان
رجلا فقد ترك سنة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان مبنى حالهن على الستر وان صلى بغير قناع
فالاحب ان يعيد لاحتماله كونه امرأة وكذلك يجتنب لبس الحرير ويجتنب التحلي لاحتمال كونه رجلا وكذلك
الحكم في السفر والخلوة احترازا عن الحرام وهذه التفريعات من قوله فيؤخذ فيه بالاحوط الى هنا من الزوائد
واذا اراد الاختتان فلو مال تبتاع امة تختنه وان لم يكن له مال تبتاع من بيت المال لانه لا يجوز ان
تختنه رجل ولا امرأة للاحتياط وانما تشترى من بيت المال لانه معد لمصالح المسلمين ويجوز لامته النظر
الى عورته رجلا كان او امرأة فاذا اختتنته تباع ويرد ثمنها الى بيت المال لو كان الشراء منه ولو حلف بطلاق
او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يتبين حاله لان الحنث لا يثبت
بالشك وكذا لو قال كل عبد لي حر او كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق لوقوع الشك فيه ولو قال
الكلامين معا عتق المتيقن لوجود احدهما فان ورث مع الابن فهو انثى عند ابي حنيفة رحمه الله للابن
سهمان وله سهم وقال ابو يوسف ومحمد له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهذا قول الشعبي واختلفا
في قوله فقال محمد المال بينهما اثنا عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على
سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن لو انفرد يحرز المال كله والخنثى لو انفرد له ثلاثة
الارباع فاذا اجتمعا ضرب بأربعة اسهم وهو بثلاثة اسهم ويكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا
يقسم المال بينهما نصفان ولو كان انثى قسم المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث
واقله ستة ففي حال له النصف وفي حال له الثلث له سهمان وللابن اربعة فسهمان له ثابتان بيقين
ووقوع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون سهما ونصفا واذا انكسر ضعف الحساب ليزول الكسر فصار
الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وله ان المتيقن هو ثلاثة اسهم الا انه لان الحاجة

الى اثبات المال ابتداء والاقل متيقن وهو ميراث الانثى فصرنا الى المتيقن وعدلنا عن اثبات
الزايد لان المال لا يجب بالشك وصار كما لو وقع الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه
بالمتيقن فان اصابه اخس السهام بتقدير كونه ذكرا فانه يعطي نصيب الابن في تلك الصورة
مثاله ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام خنثى وامراة واخوين لام واختا لاب وام خنثى
فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي له وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين
لام الثلث والباقي له لانه اقل النصيبين فيهما واذا مات قبل ان يستبين حاله لم يغسله رجل
ولا امراة لان حال الغسل ليس مما بين الرجال والنساء فيبقى في احتمال الحرمة ولكن ييمم
بالصعيد لتعذر الغسل ويكفن في خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد اقيمت السنة وان كان ذكرا
فقد زادوا على الثلث ولا باس بذلك وان سجي قبره فهو الاحب لانه ان كان انثى فالسجية واجبة
وان كان ذكرا لم يضر وهذه من الزوايد

كتاب المفقود

قال
فقد الشيء عدم وفي الشرع المفقود هو الموجود الحي الذي جهل مكانه وحياته اما بانه غاب عن
اهله وبلده اختيارا او غاب حبسه او اسره العدو ومذهب مالك رحمه الله في ذلك ان الامام يضرب
له اجلا ولا يقع الفرقة حتى يستبين طلاقه او موته او يمضي مدة ولا يعيش مثله الى مثلها لان حياته
معلومة وعقله في عدم قصد المضارة بما ظاهره يضرب الاجل اربع سنين عنده فيمن غاب عن اهله اختيارا
ولم يعلم مكانه ولا حياته واما المفقود في المعركة فعنده ان الامام يجتهد في حاله فان غلب على ظنه انه
من القتلى اعتدت امراته وتزوجت ولا يحتاج الى ضرب اجل لان الاغلب من شانه الهلاك ذكره
في المعونة وعندنا ان المفقود من غاب خبره وجهل مكانه مطلقا قال اذا جهل مكان المفقود وحياته
نصب القاضي من يحفظ ماله ويتولى حقوقه وينفق من ماله على من يجب عليه نفقته في حضرته بغير
قضاء ويبيع منه ما يخاف هلاكه فاذا مضت مدة لا يعيش مثله اليها حكم بموته واعتدت زوجته
وقسمت تركته ولم يعتبروا اربعة اعوام ولم يقطعوا نكاح الاول بدخول الثاني ويجعل حيا في ماله
ميتا في مال غيره انما تولى القاضي لذلك فان الولاية النظرية على كل من يعجز عن النظر لنفسه والمفقود
عاجز عن ذلك فالتحق بالصبي والمجنون حكما وفي نصب من يقوم في ذلك ويستوفي حقوقه ويحفظ ماله
نظرا منه له ويستوفي حقوقه مخصوص بماله اذا كان له دين على غريم اقر الغريم به بعقد لانه اصيل
في حقوق نفسه وله غلات فانه يقبضها واما الذي تولاه المفقود والنصيب الذي في العقار
والعروض في يد رجل فليس له ان يخاصم في ذلك لان الخصومة اما لمالك او لنايب وهذا وكيل بالقبض

من جهة القاضي وليس بمالك ولا نايب عن المالك فلم يملك الخصومة فلو حكم بذلك كان حكما على الغايب
وانه غير جايز الا اذا كان القاضي يرى جواز الحكم على الغايب فانه يحكم به لانه قضاء في مجتهد فيه ولا قال
ان المختلف فيه نفس الحكم على الغايب فوجب ان يتوقف على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي
محدودا في قذف لانا نقول المجتهد فيه سبب القضاء وهو البينة هل يكون حجة من غير خصم حاضر
للقضاء ام لا فاذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف
واما النفقة فالذي ذكره القدوري وينفق على زوجته واولاده وليس هذا الحكم مقصورا على
الزوجة والاولاد بل هو عام في جميع قرابة الولاد والاصل فيه ان كل من يستحق النفقة في حال حضوره
الا بقضاء القاضي لا يجب عليه حال فقده لانه حينئذ يجب بالقضاء والقضاء على الغايب لا يجوز
ملحقا عدل في الكتاب بغير تخصيص ذلك وذكر الاصل الذي عليه الاعتماد من القسم الاول الاولاد الصغار
والاناث من الكبار والزمنى من الذكور والكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة والعم والمراد بقوله
من ماله الدراهم والدنانير لان التقدير قيمة ما يستحقونه دفعة اليهم وان كان ماله دينا او وديعة فان اعترف
المديون والمودع بالمال وبالزوجية والنسب انفق عليهم من ذلك وان كان ظاهرا عند القاضي لم يحتج في ذلك
الى اعترافهم في الباقي وهذا هو الصحيح وان انفق المديون والمودع عليهم بغير امر القاضي فهما ضامنان
لان المدفوع يصل الى مالكه ولا الى نايبه بخلاف ما اذا انفق بامر القاضي فانه نايب عن الغايب وان كانا
جاحدين مطلقا او كانا جاحدين للنكاح والنسب لم يكن للاخذ من يستحق النفقة ان يخاصم في ذلك
لان ما يدعيه للغايب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها لا تتعين في هذا المال خاصة واما
البيع فانه لا يبيع ما لا يخاف الهلاك في نفقته ولا غيرها لانه منتصب لحفظ راجع الى صورة المال ومعناه
فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة مع الامكان ويجوز له ان يبيع ما يخاف عليه الهلاك لانه تعذر حفظ
صورته فيعمل على حفظ المعنى وهذه من الزوايد واما الحكم بموته فالمذكور في الكتاب هو ظاهر المذهب
والمذكور في القدوري وهو ان يمضي عليه ماية وعشرون سنة من حين ولادته وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
قال صاحب الهداية في ظاهر الرواية تقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف تقدر بماية سنة وقدر
بعضهم بتسعين والاقيس ان لا تقدر بشيء والارفق ان تقدر بتسعين وعند مالك اذا مضت عليه
اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امراته اذا سالته ذلك ثم اعتدت عدة الوفاة ثم لها ان تتزوج من شاءت
من الازواج فان جاء الاول قبل دخول الثاني بها فهو احق وان جاء بعد دخول الثاني فلا سبيل
للاول عليها هكذا قضى عمر رضي الله عنه في ذلك وكفى به قدوة واماما وانما طوى النظر لانه منع حقها

بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا المعقول الايلاء وهو
الاربع والسنون من الدهر اخذا بالتشبيهين ولنا قوله عليه السلام في امراة المفقود انها امراته
حتى ياتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها ابتليت فلتصبر حتى تستبين موت او طلاق وهذا بيان لما ذكر
في النقص من البيان ومن جهة انتظار النكاح معلوم بيقين والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز
الاحتمال فلا يزال النكاح الثابت بالتيقن بما هو مشكوك فيه ونقل ان عمر رضي الله عنه رجع في المسئلة
الى قول علي رضي الله عنه والايلاء قد كان طلاقا معجلا فجعله الشرع موجلا فهو موجب للفرقة والعنة
اذا استمرت سنة فلا يصلح الظاهر من حال الغايب انه يحجب ليؤوب فلم يصح الاعتبار بهما واما كونه
ميتا في مال غيره فمعناه انه لا يستحق مال غيره من غير علم بموته فلا يرثه مال غيره لانه لا يعلم انه يحيى حينئذ
التمكيد حسبه فلا يثبت له الملك بالشك فلا يرث احدا ماله في حال فقده لما قلنا ويقسم تركته عند الحكم
بموته على ورثته الموجودين من مات منهم قبل ذلك اعتبارا للموت الحكمي بالموت الحقيقي والله اعلم بالصواب

كتاب الاباق

قال رد الابق افضل اذا قدر عليه لان في ذلك احياء
ابقاء الملك لمالكه فيه وكذلك الضال افضل لانه يعقد مكانه فيجده مالكه بخلاف الابق قال واذا رد الابق
من مسيرة السفر فصاعدا ممن اشهد عليه انه اخذه ليرده وجب له الجعل اربعون درهما وفيما دونها بحسابه
ولا يتوقف على الشرط اذا رد رجل عبدا ابقا على مولاه فاتى به من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وكان عند الاخذ
قد اشهد عليه انما اخذه ليرده على صاحبه لا لنفسه وفي الاشهاد خلاف ابي يوسف كما مر في اللقطة فعندهما يجب
له الجعل على مولاه وقدره اربعون درهما واذا اتى به لاقل من مسيرة ثلثة ايام فله من الجعل بحساب ذلك وهذا
استحسان والقياس ان لا يجب عليه شيء الا ان يشترط على المولى شيئا فيستحق له بما شرط وهو القياس لانه متبرع
بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ما روي عن عمر بن دينار انه لم يزل يسمع النبي عليه السلام جعل في الابق
اربعين درهما وقد اجمعت الصحابة على وجوبه لكنهم اختلفوا في مقداره فمنهم من قدر باربعين ومنهم من
قدر دون ذلك فقلنا بوجوب الاربعين في مسيرة السفر وفيما دونها باقل توفيقا بين اقوالهم رضي الله عنهم
ولان في ايجاب الجعل حملا على رد الابق لان فعل ذلك على وجه الحسبة نادر وكان في ذلك صيانة
اموال الناس ثم التقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الايجاب فيه ولان الضال لا يحتاج الى الحفظ
بقدر حاجة الابق لتواري الابق واختفائه دون الضال ثم يقدر الرضخ فيما دون السفر باصطلاحهما
وقيل يرى القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة لانها اقل مدة السفر قال وان كانت
قيمته اقل منه يقضي بقيمته الا درهما ويامر بالجعل المذكور في مختصر القدوري قول محمد وعند ابي يوسف ان الجعل يثبت

بالنص

بالنص فلا ينقص عنه الا يرى ان الصلح على اكثر لا يجوز وعلى اقل يجوز لانه حط منه وعلى الاكثر عنده محمد
لان الصلح في الجعل ان يكون حاملا على الرد تحصيلا للفائدة احياء الملك على المالك نظرا له ثم ذكر على خلاف
العكس اذ القياس ان لا يجب شيء لانه متبرع فخالفناه على الاستحسان في ايجاب الجعل حاملا على استغراق
القيمة تحصيلا لشيء من النظر فوجب ان ينقص من القيمة درهم تحصيلا للنظر قال وان ابق منه فلا شيء عليه ولا له
اذا ابق العبد من الذي اخذه فلا شيء للمولى عليه ولا له على المولى جعل اما الاول فلانه اشهد عليه عند الاخذ
فكان في يده امانة فان ابق او مات فقد تلف من غير تعد منه واما عدم وجوب الجعل فلانه في معنى البايع
من المولى ولهذا كان له حبسه حتى يستوفي الجعل بمنزلة البايع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن قال فلو رده
الى المصر فمات المالك وهو مورثه قبل قبضه بطل رجل رد الابق فلما دخل المصر مات مالك العبد قبل
ان يسلمه منه والمالك مورثه قال ابو يوسف يبطل الجعل لانه انما يجب بالتسليم اليه الا ترى انه اذا هلك
العبد في المصر قبل التسليم بطل الجعل فكذا هذا وقال ابو حنيفة ومحمد له الجعل في التركة لانه واجب
بالرد وهو الرد من مسيرة ثلثة ايام وقد وجد في حال حيوته فوجب الجعل فلا يسقط بموته وصيرورته
للعامل كالاجير المشترك بعمل لمورثه بموت قبل ان سلم اليه لا يسقط الاجر كذا هذا قال وجعل المدبر
وام الولد اذا المكاتب كالقن اذا رد في حال حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد موته لا جعل فيهما
لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولا يقال ان الجعل باحياء المالية ولا مالية في ام الولد خصوصا
على مذهب ابي حنيفة لانا نقول ليس في ام الولد مالية باعتبار الرقبة ولكن لها مالية باعتبار كسبها لانه
احق بكسبها وقد احيى الراد ذلك لرده فيستوجب الجعل بخلاف المكاتب لانه احق مكاسبه فلا يكون
الراد محييا للمولى ماليته لا باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب وهذا من الزوايد والله اعلم بالصواب

كتاب احياء الموات

قال اذا احيا مسلم او ذمي ارضا لا ينتفع بها وليست
مملوكة لمسلم ولا ذمي وهي بعيدة من القرية اذا صاح من باقصى العامر لا يسمع بها صوته ملكها واذن الامام شرط
وانما سميت هذه الارض مواتا لانقطاع الانتفاع بها اما لغلبة الماء عليها او لانقطاعه عنها او لكونها
حجرية او سبخة ونحو ذلك من الاسباب المانعة عن الزراعة قال القدوري فما كان منها عاديا لا مالك له
او بعيدا ما قدم خرابه وكان لها مالك في الاسلام الا انه لا يعرف مع القيد المذكور فهو موات والمروي
عن محمد رحمه الله انه شرط ان لا يكون مملوكة لمسلم ولا ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليتحقق كونها
مواتا فما كان منها مملوكا لمسلم او ذمي لا يكون مواتا بل يكون لجماعة المسلمين اذا لم يعرف المالك
ولو عرف من بعد ترد عليه ويضمن زارعها نقصان الارض وهو المختار ولذلك ذكر في المتن

والبعد الذي ذكره شرطه ابو يوسف ان الظاهر ان كان قريبا من القرية يرتفق اهلها بها فيدار الحكم
على البعد والقرب دون حقيقة الارتفاق وجودا او عدما واختاره شمس الائمة السرخسي فعلى ابي يوسف رحمه
لان من القرية وان لم يرتفق به اهله حقيقة لكن لهم حق الارتفاق حقيقة او دلالة فلا يكون مواتا فعلى هذا
لا يجوز احياء ما قرب من العامر تتعلق حقهم به وسواء احياها مسلم او ذمي ملكها لان الملك تابع للاحياء
ومستفاد منه فيثبت حيث ما ثبت السبب ويجب فيها العشر على المسلم والخراج على الذمي لانه ابتداء وضع
فيجب على كل واحد ما يليق بحاله واما اشتراط اذن الامام فهو مذهب الامام وقالا لا يشترط اذنه لاطلاق
قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه سبقت اليه وهو مباح يد الخصوص فيثبت الحكم كما في
الحطب والصيد وهو قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه المراد المباحات الا انه
الحطب الماء والحشيش خص بالحديث فبقي ما عداها على الاصل ولان هذه الارض مغنومة لاستيلاء
المسلمين عليها بالحاق الخيل والركاب فلم يكن لاحد ان يختص بها بدون اذن الامام كسائر الغنائم وما
رواياه محمول على الاذن لقوم باعيانهم لا نصب لشرع جمعا بين الحديثين قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها
ثلث سنين دفعها الى غيره تحصيلا للمقصود والتحجير لا يكون احياء التمليك به لا الارض لان التحجير هو الاعلام
سميت به لانهم كانوا يضعون الحجارة حول الارض يحجر غيرها عن احيائها واذا لم يملكها بقيت على ما كانت عليه
قوله التحجير هو الصحيح واما التوقيت ثلث سنين فلقول عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر بعد ثلث سنين حق ولان
ما دون ثلث سنين زمان لا يشتغل المحتجر والعود الى الوطن لتهيئة اسباب الزراعة ثم العود والاشتغال
بذلك فقدرنا بثلث سنين توزيعا للاحوال على الاوقات طلبا للتوسع فاذا مضت هذه المدة فالظاهر
منه تركها فالواقع وجه الديانة حتى لو احياها غيره قبل انقضاء المدة ملكها لانه احياها حقيقة ونظيره
السوم على سوم اخيه فانه مكروه ولو باع صح العقد قال وحريم بئر الناضح اربعون كالعطن وقالا
ستون ويقدر للعين خمسمائة من كل جانب ويمنع غيره من الحفر فيه اذا حفر بئرا في برية فله
حريمها اربعون ذراعا وان كانت للناضح فحريمه عند ابي حنيفة اربعون ذراعا ايضا وقالا ستون وحريم
العين خمسمائة من كل جانب اما المسئلة الخلافية حديث الزهري انه عليه السلام قال حريم العين
خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان الحاجة متفاوتة
تتفاوت الحريم لان بئر الناضح يحتاج الى حريم يسير فيه دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن
للاستقاء باليد وظهر التفاوت وله قوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا
عطنا لماشيته من غير فصل وهذا عام وقع الاتفاق على قبوله والعمل به فهو اولى من الخاص المختلف

في قبوله

في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان الاستحقاق بالحفر والحريم في غير موضعه
فغيما اتفق عليه الحديث تركنا القياس وفيما تعارض فيه اعملناه ولانه قد يستقى من بئر العطن لسقي
من الناضح ايضا ويمكن اثارة البعير حول البئر فلم يكن المسافة ضرورة ونقل عن ابي حنيفة انه جعل
في حديث الزهري حريم الناضح ستين لاجل مد الحبل لانه ملك ما زاد على الاربعين ولو احتاج الى السبعين
لمد الحبل فله ذلك لانه يملكه وعن محمد ان حريم الناضح انه بقدر لمد الحبل ستين كان او اكثر والعطن
مبرك الابل حول الماء عطنت الابل فهي عاطنة وعواطن اذا سقيت وتركت عند الحياض لتعاد
الى الشرب والنواضح الابل التي يستقى الماء واحدها ناضح واما العين فحريمها خمسمائة لما روينا هكذا
ذكره الطحاوي واختاره صاحب الهداية وفي شرح القدوري ثلثمائة والمشهور من الحديث خمسمائة ولان
العين يستخرج للزراعة فلا بد من موضع لجريان الماء ومن موضع لاجتماعه فيه ومن موضع يجري فيه الى المزرعة
فكان احوج الى زيادة المسافة وقد قيل ان هذا التقدير في اراضيهم وهي صلبة واما في الاراضي
الرخوة فيزداد لئلا يتحول الماء الى الثاني وينتقد الاول والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي
الرخوة يتحول فيه الماء الى ما يحفر دونها فيقدر من كل جانب رعاية للجانبين ويمنع غيره من الحفر في الحريم
لئلا يؤدي الى تفويت حق الحافر لانه بالحفر ملك الحفر لضرورة الانتفاع به وليس للاجنبي التصرف
في ملك غيره قال ويلحق ما امتنع عنه دجلة والفرات اليه بالموات اذا لم يكن عودا ان جاز عوده
اليه لم يجز احياء ذلك المكان لانه ملك جماعة المسلمين وحقهم فيه قائم لجواز العود اليه فلا يختص احد به
اذا امتنع العود اليه ولم يكن حريما لعامر فانه يلحق بالارض الموات فيملكها من احياها باذن الامام
عند ابي حنيفة وبغيره عندهما كما سبق لانقطاع الحاجة منه قال والنهر في ملك الغير لا حريم له
الا ببينة وقالا له حريم بقدر القاء الطين ونحوه وقيل هذا بالاتفاق وفي رواية بقدر نصف عرض
النهر من جانبيه وقيل قدر بطنه ويلقى عليه طين النهر ونحو ذلك وقال المحققون من اصحابنا رحمهم الله للنهر حريم
بقدر ما يحتاج اليه القاء الطين ونحوه بالاتفاق ذكره في المحيط وهذا من الزوائد وروي عن ابي يوسف
ان حريمه بقدر عرض النهر من كل جانب لان المعتبر هو الحاجة الغالبة ويمكن القاء طين النهر
من جانبيه فيقسم عرضه على الجانبين وعن محمد بقدر عرض النهر كله لانه قد لا يمكنه القاء الطين من الجانبين جميعا
فيقدر عرضه من كل جانب قال صاحب الهداية وهو ارفق بالناس ووجه المسئلة الاولى ان النهر لا ينتفع به
الا بالحريم على خلاف القياس فالحقناه بالنص الوارد في البئر فيقتصر على مورد النص ولا يتعدى الا بنص
او عموم او بطريق الدلالة دون القياس وهو لا يكون في معناه من كل وجه وليس كذلك فان الحاجة
في البئر

الى الحوم الكثير لان الانتفاع بالبئر موقوف على الاستقاء والاستقاء موقوف على الحريم بخلاف النهر لامكان
الانتفاع به بدون الحريم **فصل** في الشرب هذا هو الفصل بجملته مجموعه من الزوائد التي المستقلة الخلافية والشرب
هو النصيب من الماء قال اي شرع لكل شرب وكم شرب يوم معلوم **قال** و يجوز قسمة الماء بين الشركاء والقسمة
على نوعين قسمة باعتبار الملك وقسمة باعتبار الحق كقسمة الغنائم واقسام الشركاء الماء ومن باب قسم الحق
وبعث عليه والناس يفعلون قائمة عليه **قال** ولا تصح دعوى الشرب بغير الارض وهذا استحسان لان
الارض ليس من لوازم الشرب لجواز ان يكون حقه في الشرب دون الارض بان اشترى الارض
والشرب ثم باع الارض وبقي الشرب او ورثه ويجوز ان تملك بالارث ما لا تملك بالبيع كالقصاص
والخمر **قال** ويورث ويوصى بمنفعته لا برقبته ولا يباع ولا يوهب ولا يتصدق به اما الارث فلانه
حق مالي فيجري فيه الارث واما الايصاء ان كان مجهولا فذلك غير مانع من الوصية مبنية على السعة
حتى جازت للمعدوم واما عدم جواز البيع والهبة والصدقة فلان القبض من لوازمها وهو غير
متصور ولاشتماله على الجهالة الفاحشة ولانه غير متقوم حتى لو سقى به ارض غيره لا ضمان عليه
ولا يصلح مهرا ولا بدلا من الخلع ولا في الصلح عن عوض مال ولا في القصاص حتى يجب مهر المثل
وترد المختلعة ما قبضت من المهر ويجب الدية ويسقط القصاص **قال** و يشترك الناس في ماء الاودية
والانهار العظام في الشفة وسقي الارض و نصب الارحية في الشفة لا غير في النهر الخاص بالقرية
وسقي الارض وشق الانهار ولا يمنع احد من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء والثاني في ماء الاودية
والانهار العظام كسيحون وجيحون والفرات ودجلة والنيل يشترك الناس مسلمهم وكافرهم فيها وينتفعون
بها بالشفة وسقي الاراضي وشق الانهار اذا لم يضر بالعامة وذلك بان يحيي مواتا ويشق نهرا
ليسقيها ليس في ملك احد لانه مباح وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر
عنهم واجب وذلك بان يكسر مسناة فيميل الماء الى جانبها فيغرق الاراضي والقرى وكذا شق الساقية
للاراضي والدالية والثالث ماء الجاري في نهر خاص لقرية فلغيرهم فيه شركة للشفة وهو الشرب وسقي
الدواب ولهم اخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لا غير وان اتى على الماء كله لقوله
عليه السلام الناس شركاء في الماء والنار والكلا الا انه خص الشرب في النهر الخاص لدفع الضرر عن اهله وبقي حق
الشفة للضرورة وانما يسقط الحاجة او لعدم القدرة على استصحاب الماء كل مكان والبئر
والحوض حكمها حكم النهر الخاص والرابع ما احرز في حب ونحوه فليس لاحد ان ياخذ منه شيئا الا برضاء
صاحبه وله بيعه لانه مباح سبق اليه والحوض بالاحراز فاشبه الصيد والحشيش وجاز بيعه

لانه

لانه ملكه ولانه لا يقطع في سرقته لشبهة الشركة **قال** واذا كان النهر والعين في ملك رجل جاز له
منع غيره من دخوله فان لم يجد غيره ملكه او احرص اليه فان منعه وهو يخاف العطش قاتله بالسلاح
وفي المحرز بغير سلاح رجل في ملكه عين او بئر او نهر فله ان يمنع من يريد الشفة من دخول ملكه اذا
كان يجد ماء غيره يقرب به في ارض مباحة فان لم يجد ماء غير ذلك وهو يخاف العطش على نفسه
او على مطيته فله ان يقاتله بالسلاح لما روي ان قوما وردوا ماء فسالوا اهله ان يدلوهم
البئر فقالوا ان اعناقها واعناق مطايانا وقد كادت تنقطع فابوا ان يعطوهم فذكروا ذلك لعمر
هلا وضعتم فيهم السلاح ولانه منع عن حق ثابت في الشفة فكان له ان يقاتله عنه واما المحرز في الاناء
فله ان يقاتله بغير سلاح لانه ملكه بالاحراز ومنعه مما اضر به من الاتصال فقد حاجة فالمنع خلاف المنع
فيقاتله مخالفة الامر وكذا الطعام في حالة المخمصة كالماء المحرز بالاناء في الاباحة والمقاتلة
والصفاة ومن دليله هذا الفصل قوله عليه السلام المسلمون وفي رواية الناس شركاء في ثلث الماء
والكلاء والنار واما الماء فحكمه ما ذكرنا واما الكلا وهو الذي ينبسط على الارض ولا ساق له كالاذخر
ونحوه فان كان نبت في ارض مباحة فهو على الشركة وان كان في ارض مملوكة وهو قد نبت بنفسه فهو
كما لو في ارضه لا يمنع منه احد اوله المنع من الدخول في ملكه وان لم يجد غيره فعلى ما مر من التفصيل
في الماء وان قصد انباته فهو مملوك له واما النار فاذا اوقدها كان الجمر ملكه والناس مشتركون
في الاستضاءة وهو اصطلاء واشعال السروج واما كان الجمر ملكه لانه من الحطب الذي هو ملكه
والنار جوهر الجمر وان لو التقطها الناس فيه لم يبق للموقد ما يصطلي ولا ما يخبز ويطبخ وان كان
الايقاد في ملكه فله منعه غيره من الدخول في ملكه لان الانتفاع بها ذكر ما مر في الماء والكلاء
قال وكري الانهار الطعام من بيت المال والمشترك من الشركاء دون اهل الشفة ويجبر من امتنع
منهم ومؤنة الكري اذا جاوز ارض رجل مرفوعة عنه وقالا الكري كله على كلهم اما الانهار العظام
فكريها على بيت المال اجبر الناس عليه عند دعاء الحاجة الى الكري احياء لحقهم ودفعا للضرر
عنهم فيخرج الامام من يطيق العمل ويجعل مؤنتهم على اهل اليسار الذين لا يطيقون العمل واما
المملوك للعامة فمؤنة الكري على العامة في ذلك النهر لان منفعته راجعة اليهم فيكون الخرج عليهم
ومن ابى منهم وامتنع اجبر على ذلك دفعا للضرر العام اعني ضرر الشركاء وبالضرر الخاص كيف لا فيه
منفعة ايضا واما المملوك لجماعة مخصوصين فكريه عليهم لعود نفعه اليهم ومن ابى منهم اجبر عليه
لما ذكرنا وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص فيمكن دفعه بالكري بامر القاضي ثم يرجع على
الممتنع منهم

ومعنى قوله دون اهل الشفعة الا شركتهم في ذلك عامة فلم يكن عليهم قسط من الكرى واما اذا جاوز
ارض رجل من الشركاء قال ابو حنيفة مؤنة الكرى ساقطة عنه وقالا الكرى عليهم من اوله الى اخره
على كل الشركاء لانهم مشتركون في النهر الا يرى انه لو بيعت ارض في اسفل النهر كان الشفعة لهم جميعا
ولان اهل الاسفل يشاركون اهل الاعلى لانه منتفع مائهم فيشاركهم اهل الاعلى في كرى الاسفل
لانه مصب مائهم وله انه لا حاجة لاهل الاعلى في سقي اراضيهم الى كرى الاسفل فلا يشاركهم في كرى
الاسفل بخلاف اهل الاسفل لانهم محتاجون الى كرى الاعلى واما كون الاسفل مصب مائهم فلا اثر له
في ذلك لانه اذا استغنى عن الماء امكنه سد فوهة النهر المنتهية الى ارضه واما الشفعة فلا
فلاشتراكهم جميعا في الشرب شركة خاصة الا ترى انه لو كثر شركاء النهر وكانوا مائة فصاعدا لا شفعة
لاحد بسبب الشركة في النهر لضرر الداخل بالدخيل لا يبلغ مبلغا يستوجب الدفع قال واذا كان له
مجرى في ارض غيره فليس لرب الارض منعه لانه مستعمل باجرائه مائه عملا بالبينة وعلى هذا المصب
هذا المصب في نهر او على سطح والميزاب والطريق في دار غيره الا انه لا بد من ان يجبر جهة المصب
لتفاوته قال واذا اختصموا في شرب كان بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود من الشرب انما هو
سقي الارض فيتقدر بمقدار الارض قال وليس للاعلى ان يسكر النهر ليستوفي الا برضاهم
حقهم جميعا ففي اسكاره اختصاصه ومنع الباقين من حقوقهم وحبس الماء عنهم في بعض المدة فان
رضوا بذلك سقط حقوقهم قال ولا يشق احدهم منه نهرا ولا ينصب رحا ولا يتخذ جسرا ولا يسوق
شربه الى ارض اخرى ليس لها شرب الا باذنهم اما شق النهر ونصب الرحى فلما فيه من كسر النهر
واشغال ملك الغير بغير اذنه الا ان يكون الارض له خاصة ولا يضر ذلك بالماء ولا بالنهر فيجوز لكونه
تصرفا في ملك نفسه من غير اضرار بالغير واما اتخاذ الجسر فهو كاتخاذ طريق خاص بين قوم واما
سوق شربه الى ارض اخرى فلان ذلك يؤدي الى تقادم العهد فيدعي به من ليس له استدلالا
بسوقه الى تلك الارض فاذا رضوا بذلك فقد اسقطوا حقوقهم

كتاب المزارعة

المزارعة مفاعلة من الزراعة وهي الحراثة والفلاحة وتسمى مخابرة مشتقة من خيبر فانه
عليه السلام دفع خيبر مزارعة فسميت مخابرة وتسمى محاقلة من الحقل وهو الزرع اذا تشعب
قبل ان تغلظ سوقه او الارض الطيبة الصالحة للزرع وهي في الشرع عقد على الزرع ببعض الخارج
والمعاملة هي المساقاة ببعض الثمر قال باطلة وقالا جائزة ويختار للفتوى وانما صرح بقوله
وان يفهم من اطلاق الجملة الاسمية لانه لما اعقبه باختيار الفتوى فذكره صريحا اوضح وادل على
الاهتمام

من ان يدل على المختار بالالتزام المفهوم ولهما ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر
على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولان المزارعة عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا
بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقادر على العمل قد لا يجد
المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما اصله عقد القراض على ان الغرر والخطر
في المزارعة اقل منهما في القراض فكانت اولى بالجواز وله ما روى رافع بن خديج قال نهانا
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كان لاحدنا ارض ان يعطيها ببعض ثلث او نصف وقوله عليه السلام
من كانت له ارض فليزرعها او ليمنحها اخاه وهذا متاخر فيكون ناسخا وعن ابن عمر رضي الله
كنا نخابر ولا نرى بذلك باسا حتى ذكر رافع بن خديج انه عليه السلام نهى عن المخابرة فتركناها
ولانه استيجار باجرة مجهولة او معدومة وكل ذلك يوجب الفساد ومعاملة النبي عليه السلام اهل
خيبر كان خراج مقاسمة بطريق الصلح وانه جائز واذا فسد عنده فسقى الارض وكربها ولم يخرج شئ
فله مثله اذا كان البذر من قبل صاحب الارض واذا كان من قبل العامل فعليه اجرة الارض
والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء على ملكه وللاخر الاجر والفتوى على قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله فيها وفي المساقاة لحاجة الناس اليها ولظهور التعامل بها بين الامة والقياس
يترك بالتعامل كما في الاستصناع قال الحصيري وابو حنيفة رحمه الله هو الذي فرع هذه المسائل
على اصوله لعلمه ان الناس لا ياخذون بقوله في ذلك تعالى ويجيزها من غير تبعية المساقاة واتحاد
العامل والعقد وعسر الافراد بالعمل وتخلل البياض بين المتوقى عليه افراد المزارعة عندنا
جائزة والفتوى عليه ومذهب الشافعي يجوز المزارعة على الارض المتخللة بين النخل والكرم
تبعا للمساقاة بشرط اتحاد العامل وعسر افراد الاراضي بالعمل فلو وقع مخابرة يتعدد
الصفقة او يتفاوت الجزء المشروط من الزرع والثمر او يكثر الاراضي وعسر افرادها بالعمل
ويكون البذر من العامل ففي بقاء حكم التبعية في الصحة خلاف ذكره الغزالي في الوجيز ووجه
اشتراط التبعية ان الاصل في هذا الباب هو المضاربة والمعاملة اعني المساقاة والمساقاة
اشبه بالمضاربة لاشتراكهما في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح
دون الاصل اعني البذر بان شرطا رفعه من راس الخارج فانما يفسد فجعلنا المعاملة اصلا
والمزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض ولنا ما تقدم في تعليل قولهما وشرط اتحاد
العامل الى الفرض الزوائد تعالى ويشترط صلاحية الارض واهلية العاقدين والتخلية بينهما

وبين العامل والشركة في الخارج على الشيوع حتى يفسد باشتراط قفزان معلومة لاحدهما ورفع البذر واقتسام الباقي واشتراط ما على الماذيانات والسواقي ويشترط بيان المدة وجنس البذر ومن هو عليه ونصيب من لا بذر له لصحة المزارعة على المفتى عليه شروط ثمانية احدها كون الارض صالحة للزراعة لان ما هو المقصود من الزرع لا يحصل الا بذلك والثاني ان يكون رب المال والمزارع من اهل العقد ولا اختصاص لهذا الشرط بالمزارعة فان العقود لا تصح الا من الاهل والثالث التخلية بين الارض وبين العامل والفائدة انه لو شرط فيهما ان يعمل رب المال يفسد العقد لفوات التخلية وهذه الثلثة من الزوائد والرابع الشركة فيما يخرج بعد حصوله على الشيوع لان هذا العقد يقع على الشركة في الخارج انتهاء فما يقطع الشركة مفسد للعقد فعلى هذا اذا شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لانقطاع الشركة لان الارض عسى ان لا تخرج الا ذلك القدر فصار كاشتراط دراهم مسماة لاحدهما في المضاربة وكذا لو شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما لانقطاع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم تخرج الارض الا مقدار البذر المرفوع وصار كما لو شرطا رفع الخراج في الارض الخراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما لو شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما لو شرطا رفع العشر وقسمة الباقي في الارض العشرية وكذلك اذا شرط ما على الماذيانات والسواقي معينا لاحدهما لانه يفضي الى قطع الشركة لانه قد لا تخرج الارض الا من ذلك الموضع المشروط والخامس بيان المدة لان المزارعة عقد على منافع الارض او على منافع العامل فلا بد من ذكر المدة ليصير المنافع معلومة بها لانها معيارها والسادس بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما والسابع بيان من عليه البذر لينقطع المزارعة بعلم المعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والثامن نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحق نصيبه عوضا بالشرط فلا بد من ان يكون معلوما فان لم يعلم لا يستحق شرطا بالعقد وهذه الثلثة الاخيرة من الزوائد قال فان كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر او الارض وحدها او العمل وحده من احدهما والباقي من الآخر جازت او البقر والارض لاحدهما لم يجز ونحوهما في رواية هذه اربعة اوجه اولها اذا كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر جازت المزارعة لان البقر آلة في العمل فصار كما لو استأجر خياطا ليخيط له بابرة من الخياط الثاني ان تكون الارض وحدها لواحد والعمل والبقر والبذر من الآخر جازت لان ذلك استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما لو استاجر

بدراهم معلومة

والثالث

[illegible]

[illegible]

والثالث ان يكون العمل وحده لواحد والبقر والبذر والارض لآخر جازت لان ذلك استيجار العامل بالة المستاجر فصار كما لو استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرة رب الثوب الرابع ان تكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل للآخر فهي باطلة في ظاهر الرواية عنهما وروي عن ابي يوسف جوازها لانه لو كان العامل مستاجر الارض ببعض الخارج ويكون البقر المشروط على صاحب الارض تبعا للعامل ووجه الظاهر وهو قول محمد رحمه الله ان منفعة البقر لا تجانس منفعة الارض فلم يمكن جعل البقر تبعا لها فبقي مقصودة بنفسها فيصير العقد مشتملا على استيجار البقر ببعض الخارج وهذا باطل اذ الشرع ورد باستيجار الارض ببعض الخارج وباستيجار العامل ببعض الخارج لا غير واشتراط البقر على العامل نوع من المجانسة بين منفعة العامل والبقر لكونه آلة له بخلاف اشتراط البقر على صاحب الارض لعدم التجانس قال فاذا صحت فالخارج على الشرط فان لم تخرج شيء فلا شيء للعامل اما الاول فلصحة التزامه واما الثاني فلان العامل يستحق من الخارج نصيبا بسبب الشركة ولا شركة في غير الخارج وان كان مستاجرا فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف المزارعة الفاسدة لان اجر المثل في الذمة ولا يفوت الذمة بفوات الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر ولغيره اجر المثل للآخر عمله او ارضه لا يزاد على المسمى واجارا اما الاول فلان الخارج نماء ملكه والآخر انما يستحق بالتسمية وقد فسدت التسمية فبقي النماء كله لصاحب البذر واما الثاني فان كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله عمله ولا يزاد على ما شرط لانه قد رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي يوسف وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغت لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها لان المنافع لا مثل لها وقد مر في الاجارة وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل الارض لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب قيمتها والزيادة على المشروط على الخلاف المذكور قال ولو شرطا التبن لرب البذر بعد شرط الحب نصفين جاز لا للآخر او سكتا عنه كان لرب البذر وقيل بينهما اذا شرطا ان يكون الحب بينهما نصفين فان شرطا كون التبن لصاحب البذر صح اجماعا لانه هذا الشرط حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة لان الارض قد لا تخرج الا التبن فيحصل استحقاق غير صاحب البذر بالشرط وان سكتا عن اشتراطه لاحدهما فهو لصاحب البذر لانهما اشتركا فيما هو المقصود وهو الحب والتبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تابع للحب فيتقدم بشرط الاصل وهذه الجملة من الزوائد قال فاذا امتنع صاحب البذر من العمل

لم يجبر عليه والآخر يجبر لان الذي من قبله البذر لا يمكنه الوفاء بالعقد الا باتلاف بذره فلا يجبر عليه
كمن استأجر اجيرا ليهدم داره وكمن باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يضره فانه لا يجبر لانه لا يقدر على
على الوفاء الا بضرر يلزمه وليس كذلك الآخر قبل البذر لانه لا يتلف ماله بالوفاء فالعقد لازم
لازم فاجبر بالاجارة الا ان يكون هناك عذر مما يفسخ به الاجارة فانه يفسخ به المزارعة قال واذا مات
احدهما بطلت اعتبارا بالاجارة فلو كان دفع الارض ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى
ولم يستحصد مات رب الارض ترك الزرع في الارض الى ان يستحصد الزرع ويقسم على
الشرط ثم تنتقض المزارعة فيما بقي من السنين لان في الابقاء في السنة الاولى رعاية الحقين بخلاف القياس
لذلك فيما بقي من السنين لانه يلحق العامل ضرر فيها فبقي على القياس قال واذا انقضت المدة قبل الادراك
كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الزرع وعليهما النفقة على مقدار حقوقهما الى ان يستحصد اذا انقضت
مدة المزارعة والزرع لم يدرك بعد كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الزرع الى ان يستحصد وكان عليهما
ان ينفقا على الزرع على مقدار حقوقهما الى ان يستحصد لان في تبقيته في الارض باجرة المثل رعاية النظر
من الجانبين وانما كان الانفاق عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة المضروبة فيكون هذا عملا في
المال المشترك فيكون عليهما بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل على
العامل لانا ابقينا العقد في مدته وانه يستدعي العمل على العامل قال واجرة الحصاد والرفاع
والدياس والتذرية بالحصص فان شرطاه على العامل فسدت ويجوز اشتراط الحصاد عليه ومعنى
هذا الحكم وهو ان اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية ليست مختصة بما اذا انقضت مدة المزارعة
قبل ادراك الزرع بل هو تام في جميع المزارعات لان العقد انتهى بانتهاء الزرع لحصول المقصود وهو
بعد ذلك مشترك والعقد موضوع يوجب المؤنة عليهما واذا اشترطا في العقد ذلك والعقد لا يقتضيه وفيه
منفعة لاحدهما يفسد العقد كما لو شرط الحمل والطحن على العامل وابو يوسف رحمه الله اجاز اشتراط الحصاد
على العامل لان الناس تعارفوا ذلك وتعاملوا عليه فترك القياس لذلك استحسانا وهو اختيار بعض
المشايخ واختاره بعضهم للفتوى وقال بعض المشايخ ان قول محمد هو الظاهر القوي والحاصل ان ما كان
من العمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد
والرفاع ونحوه فهو عليهما وما كان بعد القسمة فهو عليهما ولو شرط الحصاد في الزرع على العامل لا يجوز بالاجماع
لعدم العرف فيه فصل قال ولو شرط النصف بالعمل شهر كذا والثلث كذا فالاول يصح
وتمامها اذا قال ان زرعت هذه الارض في شهر رجب فلك نصف الخارج وان زرعتها بعد رجب
فلك

فلك الثلث الخارج فالشرط الاول هو الصحيح دون الثاني عندهما على قول من يجيز المزارعة وقالا
الشرطان صحيحان وهذه المسألة قد مر تعليلها في الاجارة قال ولو اختلفا فقال العامل شرطت
لي زيادة عشرة اقفزة على نصف الخارج وانكرها رب الارض ذلك وقبل العمل فالقول له وقال العامل
اذا اختلف رب الارض والمزارع فقال رب الارض شرطت لك نصف الخارج وقال المزارع شرطت
لي نصف الخارج وزيادة عشرة اقفزة منه وان كان الاختلاف واقعا قبل العمل فالقول
رب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله تفريعا على قول من يجيز المزارعة وقالا القول قول المزارع
لانه ينكر لزوم العمل عليه والقول للمنكر وله ان الظاهر شاهد لرب الارض فانه يدعي صحة العقد وكان
القول قوله على ما عرف من اصله انما اذا اختلف كان القول قول من يدعي الصحة ولو اقاما البينة
فالبينة بينة المزارع اجماعا لانها تثبت الزيادة ولو كان الاختلاف بعد العمل فالقول قول رب
الارض بالاجماع لان المزارع يدعي النصف وزيادة ورب الارض منكر ولا انكار من المزارع لانه
بعد الفراغ من العمل لا يمكن ان يقال هو منكر وجنس المسألة قد مر مثلها في السلم اذا اختلف
في المسلم فيه فعندهما القول قول المنكر وان كان فيه فساد العقد وعنده القول قول المدعي الصحة
قال ولو شرط رب الارض والبذر منه الثلث للعامل والثلث لعبد العامل الماذون المديون
بغير عمل فثلثه لرب الارض وقالا للعامل اذا كان البذر من قبل الارض فشرط لنفسه ثلث الخارج
وللعامل الثلث ولعبد العامل وهو ماذون له مديون الثلث من غير اشتراط عمل عليه فالثلث الذي
يخص العبد عند ابي حنيفة رحمه الله لرب الارض تفريعا على من يجيز المزارعة وعندهما هو للعامل
وهذا الخلاف ينشأ من الاصل الذي مهدناه في المأذون المولى لا يملك اكساب عبده الماذون المستغرق
بالدين عنده وعندهما يملكها المولى فاشتراط الثلث للعبد اشتراط لمولاه عندهما وعنده اشتراطه
كاشتراطه للاجنبي بغير عمل فلم يصح فيبقى لرب الارض لانه نماء البذر وهو هنا لرب البذر قال
ولو دفع اليهما ارضا ببذرهما ويسمي لاحدهما ثلث الخارج وللآخر خمسين درهما فالفساد شائع وقالا
على الثاني رجل دفع ارضه مزارعة الى رجلين والبذر منهما على ان يكون لاحدهما ثلث الخارج وللآخر
خمسين قفيزا من الخارج او خمسين درهما قال ابو حنيفة تفريعا على القول بجواز المزارعة الفساد
شائع في حق الكل وقالا يقتصر الفساد على من سمي له خمسين قفيزا او درهما ويجوز من سمي له ثلث الخارج
لان المزارعة على ان يكون لاحدهما دراهم مسماة او قفيزان مسماة فاسدة بالاجماع والصفقة متحدة
عنده فيفسد الكل بفساد البعض وعندهما الصفقة متعددة فلا يلزم من فساد احدى الصفقتين
فساد الاخرى

وقد مر مثل هذا في البيوع قال ولو غصبها فزرعها فالخارج له والعشر والخراج عليه وان نقصت
فضمن فالخراج والعشر على المالك مطلقا وقالا العشر على الغاصب بكل حال واما الخراج فعلى
المالك ان كان الضمان اكثر وعلى الغاصب من دون ضمان ان كان اقل رجل غصب ارضا فزرعها
لا يخلو ان كانت عشرية او خراجية وعلى التقديرين فاما ان نقصها المزارعة او لم ينقصها فقال
ابو حنيفة ان لم ينقصها الزراعة فالخارج للغاصب والعشر والخراج عليه وان نقصتها الزراعة
وضمن الغاصب النقصان فالخراج والعشر على رب الارض مطلقا قد ضمانه او كثر لمنزلة الاجرة
والقائمة مقام نماء الارض وقال ابو يوسف ومحمد العشر على الغاصب بكل حال لان العشر في
الخارج والخارج له فعلى رب الارض ان كان الضمان مثل الخراج او اكثر وان كان الضمان اقل فالخراج
على الغاصب وليس عليه ضمان النقصان بخلاف ما لو آجرها باجرة اقل من الخراج حيث يجب الخراج
على رب الارض اجماعا لانه متمكن من الانتفاع والاستنماء اما هنا فنوع غصب متمكن مكان الغاصب
فانتفى سبب وجوب الخراج على رب الارض وهو ملك الارض النامية في حقه اما اذا كان الضمان اكثر
من الخارج فقد وجد سبب وجوب الخراج وهو ملك الارض النامية اما رقبة الارض فظاهر واما
وصف النماء فلان ما يقابله الضمان الخراج منزلة نماء الارض واما اذا كان الضمان مثل الخراج
فقد اختلف المشايخ فيه قال ولو تزوج على ان تزرع هي ارضه بالنصف ببذرها صح وفسدت
فيجعل مهرها نصف اجر مثل الارض وربعه ان طلقها قبل الدخول واجب مهر المثل لا يزاد على اجر مثل
الارض والمتفق في الطلاق قبله رجل تزوج امراة على ان تزرع ارضه ببذرها ونصف الخارج سنة فسدت
وصح النكاح لانها مزارعة شرط فيها نكاح او نكاح شرط فيه مزارعة والمزارعة تبطل بالشرط الفاسد
دون النكاح فاذا صح النكاح فالواجب عند ابي يوسف لها نصف اجر مثل الارض ان دخل بها او مات
عنها وربع اجر مثل الارض ان طلقها قبل الدخول ولو نبه في الكتاب بقيد الاطلاق قبل الدخول
في ايجاب الربع على الدخول في ايجاب النصف اختصارا ووجه ذلك ان الخارج كله لها لكونه نماء
بذرها وعليها له اجر مثل ارضه بالاجماع ثم لها عليه اجر مثل الارض مهرا فيتقاصان به ويدفع اليه
نصف الاجر الآخر وهذا لانه جعل منافع ارضه مقابلا بمنافع بضعها وهو معلوم وبنصف الخارج
وهو مجهول جهالة فاحشة فينقسم على المعلوم والمجهول نصفين كما قال وقف هذه الدار على فلان
ومن يولد لزيد لزيد من الاولاد وبعدهم على الفقراء يكون لفلان المعلوم نصفها فاذا صار
نصف منافع الارض مقابلا بالبضع كان هو المهر لا غير فهذا ان دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل

الدخول

الدخول كان ربع اجر مثل الارض للتنصيف بالطلاق قبل الدخول وقد صار الربع مستحقا لها بالمقاصة
كما قلنا وله عليها بلا مثله ارباع الاجرة وقال محمد لها عليه مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة
ان طلقها قبل الدخول ووجهه انه قابل بمنافع ارضه منافع بضعها ونصف الخارج مجهول فصار المسمى
مجهولا فلم يصح التسمية فيصار الى مهر المثل لكن لا يزاد على اجر مثل الارض لانها رضيت بان يكون
بعض منافع الارض مهرا لها فاولى ان يرضى بالكل فان كان مهر المثل متساويا للاجرة او اكثر دفعت
المقاصة وان كان مهر مثلها اقل فعليها ان يدفع اليه مقدار النقصان وسلم لها الخارج كله قال
وان كان هو العامل في ارضها ببذرها فجعل مهرها نصف اجر مثل عمله لا مهر المثل او على ان تزرع هي
ها ببذره او هو ارضها ببذره وجب مهر المثل اذا تزوجها على ان يكون هو العامل في كرومها ونخيلها او في
زرع ارضها ببذرها فعند ابي يوسف الحاصل كله لها لانه نماء ملكها وقد استحق هو عليها اجر مثل عمله
وهو يستحق عليه ونصف اجر مثله مهرا ان دخل بها وربعه ان طلقها قبل الدخول لانه جعل منافع بدنه
مقابلا بمنافع بضعها ونصف الخارج الى آخر ما مر وقال محمد لها مهر مثلها لما مر من تقرير بطلان التسمية
بالجهالة لكن لا يزاد على مثل اجر الزوج وللزوج عليها اجر مثله فيتقاصان ان تساويا ولا يزاد الخطر
على ما مر ولو تزوجها على ان تزرع هي في ارضه ببذره او يزرع هو ببذر نفسه فمهر المثل هو الواجب
بالاجماع والفرق لابي يوسف ان المزارعة اذا فسدت كان الخارج كله لصاحب البذر وهو في
هاتين الصورتين للزوج لانه نماء ملكه فكان بعض الحاصل مقابلا بمنافع بضعها وهو مجهول جهالة
فاحشة فبطلت التسمية فوجب مهر المثل في الاول فالمقابل لمنافع بضعها نصف منافع ارضه
او بدنه وانه معلوم فافترقا والله اعلم كتاب المساقاة قال
وهي بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وجزءا من الثمر مشاعا المساقاة
المعاملة والعقد وهي ان تقوم بما يحتاج اليه الشجر من تلقيحه وتنظيف السواقي وسقي وحراسة وغير
ذلك والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقولهما في المدة قياس لانها اجارة معنى فيشترط المدة كما
في المزارعة وفي الاستحسان يجوز المساقاة وان لم يذكر المدة ويقع على اول ثمرة تخرج وهذا لان العقد يقع
على العمل في الثمرة ولكل ثمرة وقت معلوم يبتدئ فيه وينتهي فالثمر الاول متيقن دخولها في
العقد فجاز وما بعد ذلك غير متيقن فلم يصح العقد فيه بخلاف الزرع فانه يختلف ابتداء وانتهاء
ربيعا وخريفا وغير ذلك فيدخل الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر حاملة
حيث لا يجوز الا ببيان المدة لظهور التفاوت في ذلك بضعف الارض وقوتها وبخلاف ما لو دفع نخلا

اجر مثل

المساقاة

او اصول رطبة على ان يقوم عليها او الحلق في الرطبة حيث يفسد المعاملة لعدم المعلوم لوقت
انتهائها ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد لا يبلغ جازت المعاملة لانا لا نتيقن لفوات المقصود
فان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة وصح وان تاخر فللعامل اجر مثله لفساد العقد حيث تبين
الخطاء في تسمية المدة فصار كما لو علم ذلك ابتداء واما شيوع الجزء المسمى من الثمرة فهو على ما بينا في المزارعة
قال ويجوز في الشجر والرطاب واصول الباذنجان ولا يقصرها على الكروم والنخل عندنا تجوز المساقاة
في الكرم والنخل والشجر والرطاب واصول الباذنجان وعنده في القول الجديد لا يجوز الا في الكرم والنخل لان
جواز المساقاة بالاثر وهو حديث خيبر فهو مخصوص فلم يتعد ولنا ما روي ان النبي عليه السلام ساقى اهل
خيبر على ما فيها من زرع وشجر فعم ولان الجواز يختلف بالحاجة وهي عامة ولانه اصل له ثم تجويز المساقاة على
اصله النخل والكرم على خلاف الاصل في النصوص ان يكون معلولة خصوصا على مذهبه وذكر صاحب المنظومة
عندنا مسئلتين في باب مالك ولم اراثبانهما في المختصر احديهما ان جميع المؤنة على العامل عند مالك شرط الصحة
المساقاة وعندنا عليه العمل وما هو من ضروريات العمل واما مؤنة الملك فعلى مالك الارض ومذهبه
ان المؤنة التابعة للعمل مما لا يبقى بعد انصرافه عليه والجذاذ وعلوفة الدواب ونفقة العمال وما يتعلق
لمصلحة الثمر مما لا يبقى بعد انصراف العمل وما عدا ذلك مما يبقى بعد انصرافه فلا يلزمه ولا يجوز اشتراط
عليه كحفر بئر ابتداء او انشاء غرس او بناء بيت يجنا فيه وما اشبه ذلك ذكره صاحب المؤنة وهو قول
اصحابنا ان مؤنة الملك لا يلزمه ويلزمه ما هو من ضروريات العمل فلم يكن في المسئلة خلاف الا ان الكافي يقول
بان مؤنة الملك على العامل وقد علل كذلك في المؤنة فقال في الاول لان الجزء انما يستحقه العامل بعمله
الذي يصلح به الثمرة فلا يجوز ان يكون بعضه على رب الحائط لان ذلك زيادة يزدادها العامل ولان النبي عليه
حين ساقى اهل خيبر اتفقوا من اموالهم والثاني وهو مؤنة يبقى في الملك فقال لا يجوز لانها زيادة
مشروطة على العامل يتفرد بها رب المال وذلك غير جائز لانه يخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالاجارة المجهولة
والمساقاة عقد خارج عن الاصول فلا يجوز منه الا قدر ما اجازه الشارع وبه واما المسئلة الثانية لا يجوز
دفع الارض مزارعة الا تبعا للنخل والكرم وهذا مذهب الشافعي وقد اثبته في المزارعة فذكرنا الخلاف فيه
هنا قال واذا دفع اليه نخلا مثمرا يزيد بالعمل جاز وكذا دفع الى آخر بخلافه فلم مساقاة فاما ان
يكون الثمر يزيد بالعمل او قد تناهت فان كانت مما يزيد بالعمل جاز دفعها مساقاة والا فلا والثمر فيه
انما يستحق بالعمل اذا زادت بعمله وقد ظهر اثر العمل وان تناهت لم يبق لعمله اثر فلو جوزناه لكان
استحقاقه بغير عمل ولم يرد به الشرع وعلى هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان كان قد استحصد لم يجز

قال

قال واذا فسدت كان للعامل اجر مثله لانها في معنى الاجارة الفاسدة المزارعة الفاسدة قال
ويبطل بالموت لكونها في معنى الاجارة وقد تقدم ذكره لكن في المزارعة والاجارة فان مات رب الارض
ضمنه للعامل ان يقوم كما كان الى ان يبلغ وان كره الورثة ذلك لانه لا يضرهم بقاؤه ويضره قلعه قبل
التبرع فيه فان مات العامل فلورثته القيام عليه حتى يدرك وان كره رب الارض لان في ذلك نظرا من
الجانبين قال وتفسخ بالاعذار وهذا كما في الاجارة ومن جملة الاعذار بينا ان يكون العامل بينا
عليها من يسرق الثمرة قبل ادراكها ويسرق السعف وغيره ذلك فيتعدى ضرر ذلك الى رب الارض
ويعلم بالتزامه فيدفع بان تعقد عذرا وكذلك لو كان العامل مريضا يضعفه عن العمل بنفسه لانه يحتاج الى استئجار
الاجراء وفي ذلك زيادة ضرر لم يلتزمه فيجعل عذرا

كتاب النكاح

قال
يسن حالة الاعتدال ويجب في التوقان ويكره لخوف الجور النكاح الوطء وقد يكون للعقد يقال نكحتها
ونكحت اذا تزوجت وهي ناكح في بني فلان اي هي ذات زوج منهم هكذا ذكر صاحب الصحاح وهكذا في
الشرع فانه يطلق ويراد به الوطء وهو حقيقة ويطلق ويراد به العقد وهو مجاز من باب اطلاق
المسبب على السبب لان العقد مفض الى الوطء ومشروع لاجله قال الله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن
والمراد العقد بقرينة الاذن فان الوطء لا يتوقف عليه وقال فانكحوا ما طاب لكم من النساء اي اعقدوا
عليهن اذ العدد مختص بالعقد دون الوطء وقال عليه السلام لا نكاح الا بشهود فالمراد العقد
لاختصاص الشهود بالعقود والنكاح عقد مندوب اليه قال الله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين
من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله والله واسع عليم قال عليه السلام النكاح سنتي فمن رغب
عن سنتي فليس مني فهذا اذا كانت الحال معتدلة وان كان تائقا فهو واجب لانه يغلب على الظن او يخاف
الوقوع في الحرام والنكاح مانع من ذلك فكان واجبا لان الامتناع عن الحرام واجب واما اذا خاف الجور
والحيف فالنكاح مكروه ولان استحباب النكاح لما يشتمل عليه من مصالح دار الدنيا بحسن العشرة والصحبة
بالمعروف ودار الاخرة بثواب طلب الولد لعبد الله ويوحده فاذا اشتمل على الجور والظلم
فقد سبقت المفسدة المصلحة وارتكب المنهي قبل المحبوب مما اقتضى ذلك ان يكون حراما في حقه
الا ان النصوص تعارضت بالكراهة عملا بالشبهتين وهذه المسائل من الزوائد قال وتفضيله على
التخلي للنوافل قال الشافعي التخلي لنوافل العبادات افضل من الاشتغال بالنكاح لان النكاح
من معاملات لتحققه من الكافر وعدم تحقق العبادات منه والمعاملات لا يساوي العبادة اذ هي المقصودة

من الخلق بالنفس والمعاملات مطلوبة لقطع الفتن والمنازعات بين الخلق فيتفرغوا للعبادة
وما هو متضمن لذلك افضل مما هو مقصود لغيره ولنا ان النكاح اما ان يكون واجبا او سنة وعلى
كل حال فالاشتغال به افضل من التنفل فهو ترجيح الواجب والسنة على النفل بالاجماع وبعض ما يتضمنه
النكاح من الواجب فريضة كالنفقة على الاهل والعيال والقرابات المستضعفين من البلغة والاطفال
والعدل في القسم وغيره فلم يتوقف من المعاملات من كل وجه قال وينعقد بالايجاب والقبول وهما بلفظ
الماضي او احدهما الانعقاد الحقيقي لا يكون الا بين موجودين لا بين موجود ومعدوم ولان انعقاد المحكوم به بين
الايجاب والقبول انما هو حكم شرعي لا انعقاد حقيقي لان زمان وجود كل واحد من الايجاب والقبول يصادف
زمان عدم الآخر اذا ورد على التعاقب فلو حكمنا بانه لا ينعقد الا بان قصد واحدا استلزم ذلك معنى الحرج
المنفي في الشرع لان الشرع جعل المجلس الواحد كحكم الزمان تحقيقا لليسر كما عرف في سجدة التلاوة فلما كان
المجلس جامعا للمتفرقات شرعا جعل الايجاب والقبول كانهما صدرا في زمان تيسيرا وصيغة الماضي في الايجاب
والقبول زوجتك وقبلت لما قلنا في البيوع واذا كان احدهما مستقبلا والآخر ماضيا كقوله زوجني
فيقول زوجتك جاز في النكاح دون البيع والفرق ان قوله زوجني توكيل بالنكاح والوكيل بالنكاح يتولى طرفي
العقد لكونه سفيرا ومعبرا ولا يرجع حقوق النكاح اليه بخلاف البيع فان الحقوق في البيع راجعة الى
الوكيل والتمانع واقع في الحقوق لا في نفس التعبير وهذه الجملة قوله وهما بلفظ الماضي او احدهما منصوبة
المحل على الحال ولا دلالة فيها على الخلاف قال ولا نقتصر على لفظي النكاح والتزويج فينعقد بالتمليك
والصدقة والهبة والبيع والشراء اما الانعقاد بلفظي النكاح والتزويج فبالاجماع لانهما حقيقتان واما الخلاف
فيما عدا ذلك من الالفاظ فقال اصحابنا ينعقد بلفظ التمليك والهبة والصدقة والبيع والشراء لافادتها
الملك وقال الشافعي لا ينعقد الا باللفظين الاولين لان لفظ التمليك ليس حقيقة في النكاح ولا مجازا عنه فلا يمكن
التعبير به عنه واما الهبة فان الله تعالى جعل انعقاد النكاح بها من خواص رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله تعالى وامرأة
مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين فلا ينعقد بها نكاح
غيره مع الخلوص له ولانه مستعمل كناية في الطلاق ولا يصلح للنكاح فانه لو قال وهبتك لك نفسك ناويا
للطلاق وقع ولنا ان هذه الالفاظ الملك وهو مجاز عن النكاح فينعقد بها بيانه ان التمليك سبب ملك الرقبة
وملك الرقبة صالحة للمتعة وهو حكم النكاح وهو جهة السببية طريق المجاز واما الهبة فيستدل بالآية
لان الله تعالى جعل الهبة جوابا للاستنكاح فان التقدير لمن اراد النبي ان يستنكحها فوهبت له نفسها فوجبت
الانعقاد
واما

يرى لان الهبة هي

واما الخلوص فهو اشارة الى الخلوص المضاف له عليه السلام اي بلا مهر فكذا الهبة بشرط لزوم العوض
لا يكون هبة خالصة بل هبة من وجه وقوله لك هذا دون المؤمنين اي لا يحل لهم ملك المتعة بالنكاح
الا بلزوم المهر الا ترى فقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم اي من لا يبذلوا بالمال وكيف قال
تعالى هذه التي وهبت نفسها للنبي او بينت مهرها في قوله تعالى انا احللنا لك ازواجك اللاتي آتيت
اجورهن وتعقيب هذه الآية بنفي الحرج فقال كيلا يكون حرج اي من لزوم المهر لانه لا يتعلق الحرج
بلفظ النكاح لعدم الحرج في التلفظ به فرجع معنى الخلوص الى الحكم عن المركب معنى انعقاد النكاح المجموع
هو المخصوص والحاق البيع والشراء من الزوايد قال لا بالاجارة والاباحة والاعارة لان هذه الالفاظ
ليست حقايق في الباب ولا مجازات لعدم كونها اسبابا لملك المتعة وكذلك لا يصح بلفظ الوصية لانها
اضافة الملك الى ما بعد الموت وقد روى ابن رستم عن محمد ان بالاجارة لا ينعقد وهو اختيار ابي بكر
الرازي لان الاجارة تنبئ التاقيت وليست سبب لملك المتعة وروى الحسن عن ابي حنيفة جواز النكاح وهو
اختيار الكرخي لان الله تعالى سمى المهر اجرا ولان المملوك منافع البضع والاجارة لتمليك المنفعة وصورة الانعقاد
ان يقول اجرت بنتي منك وقبل النكاح واعلم ان الشيخ بذلك والصحيح عدم الانعقاد ولان الاجارة
لم توضع لملك منفعة البضع وانما وضع لملك المنفعة توقيتا والنكاح لا ينعقد الا مؤبدا ولا اصل في هذا الباب
هنا قال اصحابنا رحمه الله ان كل لفظ يصلح لتمليك الاعيان مطلقا ينعقد به النكاح وعن محمد في رواية
ابن رستم كل لفظ يكون في الامة تمليكا للرق فهو نكاح في الحرة قال واجازوا نكاح السر وقال مالك
اذا تواصوا بالنكاح واضربوا عليه بالضرب والتواصي بالكتمان ضد المامور به وروى انه عليه السلام نهى
عن نكاح السر ولان التواصي بالكتم من اوصاف الزنى ففي اباحة النكاح معه ذريعة الى اضاعة الانساب
ولنا انه عقد استجمع ركنه وشرطه فيصح اما ركنه فموجود للايجاب والقبول من اهله في المحل عن الولاية
الشرعية واما شرطه فحضور الشهادة به على ما يذكر ومع الشهادة ينتفي الكتمان لان فائدة الاعلان مخافة
ان ينكر الزوج النكاح ويكون المراة حاملا فلا يكون لها سبيل الى اثباته فيؤدي الى الاضاعة فاذا كان
هناك شهادة شاهدين امن من ذلك وحصل النفي فيه المقصود قال ويشترطوا الاشهاد وقال مالك
هو شرط الكتمان حتى اذا نفيا ولانه عقد من العقود فاشبه سايرها ولان الاشهاد بمعنى التصديق
التوثق فلم يكن شرطا في انعقاد النكاح كالرهن والكفالة والبيع والاجارة ولنا قوله عليه السلام
لا نكاح الا بشهود رواية ابن عباس عنه عليه السلام الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة قال
ولا ينعقد من المسلمين الا بحضور شاهدين مسلمين حرين عاقلين بالغين الا هذا في هذا الباب عندنا

ان كل من يملك قبول النكاح لنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لم يصلح قبوله لنفسه لا ينعقد بحضوره
فكان القبول والشهادة لا صحة للعقد بدونه مجازا اعتبارا احدهما بالآخر اما الاسلام فشرطه في انكحة
المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم واما الحرية والبلوغ والعقل فشرط لان العبد والصبي والمجنون ليسوا
من اهل الشهادة لعدم الولاية قال ويجوز برجل وامرأتين يعني انعقاد النكاح بشهادة رجل وامرأتين خلافا
للشافعي فان شهادة النساء عنده لا تقبل الا في الاموال وتوابعها لان مبنى الشهادة على كمال العقل
وصحة الضبط وكمال الولاية وهي ناقصة في جميع ذلك الا ترى انه لا يسمع شهادتهن في الحدود ولا شهادة
الاربع منهن وحدهن وقبول شهادتهن في الاموال على خلاف الاصل لحكم الضرورة والنكاح اعظم خطرا
واقل وجودا فلا يلحق بالمال الذي هو اقل خطرا واكثر وجودا ولنا ان مبنى الشهادة على المشاهدة والضبط
والاداء فبالمشاهدة يحصل العلم للشاهد وبالضبط يبقى ذكر العلم وبالاداء يحصل العلم للقاضي ولهذا
يقبل روايتها واخبارها فهي كاملة في ذلك ونقصان الضبط بسبب النسيان ينجبر بضم شهادة اخرى
فلم يبق الا الشبهة واثرها في ان لا تقبل شهادتهن فيما يندرئ بالشبهة والحقوق التي هي غيرها كالنكاح
والطلاق والعتاق والوكالة والوصية ونحوها يثبت مع الشبهة فيقبل شهادتهن فيها قال
ولو غير عدول او محدودين في قذف شهادة الفاسق في النكاح معتبرة في الانعقاد وقال الشافعي
لا ينعقد بحضور الفساق لان الشهادة من باب الكرامة وقال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله يحيي بهم الحقوق
ويدفع بهم الظلم والفاسق من اهل الاهانة فلا يعتبر شهادته ولنا انه من اهل الولاية على نفسه
فيكون من اهل الشهادة لما مر تحرم الولاية على نفسه لاسلامه لم يحرمها على غيره لان غيره من جنسه ولانه
يملك القبول بنفسه كالعدول ولانه قد يحمل الشهادة فيجوز لان الفسق اثر في الشهادة للتهمة وذلك
عند الاداء اما في التحمل فامر مشاهدة لا تهمة وانعقاد النكاح لا يتوقف على شهادة من يثبت
بشهادته لكن ظهر العدالة ولا يعلم باطنه وكما ينعقد بشهادة ابني العاقدين وكذلك المحدود في القذف
اذا تاب من اهل الشهادة تحملا حتى لو حكم بها صح الحكم لمكان الاختلاف فيه فان لم يكن تائبا فهو فاسق
وقد مر الكلام فيه ورد الشهادة لاقترانه الجريمة واثرها في الاداء والانعقاد ليس موقوفا على
الاداء بل على الحضور كما في الاعميين وابني العاقدين وعند الشافعي لا يقبل شهادته لاشتراطه
العدالة واما الاعمى ينعقد النكاح بحضوره لانه من اهل الشهادة حتى يجوز الحكم بها لكونه مختلفا فيه
فمذهب جواز شهادته ومذهب ابي يوسف جوازها اذا تحملها بصيرا فالتحق بالبصير لثبوت الاهلية
ولانه يملك القبول بنفسه فيسمع شهادته فيه والاصح من مذهب الشافعي عدم انعقاد النكاح بشهادة

الا

الاعميين لان البصير شرط لاظهار النكاح فيكون شرطا كالعقل والحرية قال ولو وصلها كتاب شهوا عليه
وسمعوه يكاتبها ولم يعلموه فقيل من جمع دجل كتب في كتابه اما بعد فاني قد تزوجت فلانة بنت
فلان بكذا من الصداق وختمه وسلمه الى جماعة وقد اشهدوا على ما في هذا الكتاب ولم يعلموا
ما فيه فاحضروا الكتاب اليها فقرأته بين ايديهم فلما قالت اني زوجته نفسي او قالت قبلت
ذلك ورضيت به قال ابو حنيفة ومحمد لا ينعقد النكاح بذلك وقال ابو يوسف يجوز وينعقد لان الكتاب
كالخطاب فاذا قرأته بحضرة الشهود اني تزوجت فلانة فقد وجد شرط العقد بحضور الشهود سماعا
في الكتاب على الاجمال فاذا قبلت وجد الشرط الآخر بحضرتهم فينعقد بحضرتهم لوجود الايجاب والقبول
بحضرة الشهود ولهما انهما شهدا على المجهول فلا يجوز كما لا يجوز الشهادة بالمجهول والتمكن من تحصيل العلم بالمشهود عليه
من بعد بمنزلة التمكن في الشهادة المجهولة ثم ان التمكن من تمام العلم ههنا كما اذا شهد على ما في صك
المنادى اليه ولم يعلموا ما فيه ولم يخبرهم بما فيه لا يصح بالاجماع كذا هذا قال ولو تزوج مسلم ذمية
بشهادة ذميين جاز وابطله اذا تزوج مسلم ذمية فشهد على النكاح ذميين جاز النكاح عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان النكاح خالع عن الشهود حكما فلم يصح لانه شهادة على المسلم وسماع كلام الزوج
منهما كلام سماع فصار كما لو لم يسمعا حقيقة ولهما ان اشتراط الشهادة في باب النكاح لاظهار خطر
النكاح وشرفه لاشتماله على اثبات الملك على المحل المحترم لا لاثبات الملك لحاجة المهر لانه مال ولا يشترط
في لزومه الشهادة والذميان يصلحان شاهدين للمسلم لان ثبوت الملك لها في بضعها هو الذي يقام
بها الشهادة لا لاجل المهر بخلاف ما لو لم يسمعا كلام الزوج لان العقد لا يتم الا بكلاميهما وسماع الشاهدين
لهما فصل في المحرمات قال يحرم الام والجدة مطلقا والبنت وتحريمها من الزنا وبنت ولده وان سفلت
والاخت مطلقا والخالة والعمة مطلقا وبنت الاخ والاخت وان سفلت ان المحرمات تنقسم الى
ما يحرم على التأبيد والى ما لا يحرم على التأبيد فالاول على نوعين ما يحرم بالنسب وما يحرم بسبب فما يحرم
بالنسب هم هؤلاء الاصناف المذكورة وما يحرم بالسبب نوعان مصاهرة ورضاع والثاني وهو ما يحرم
ما لا يحرم على التأبيد فقسمان ما يحرم لمعنى راجع الى صفة العقد وما يحرم لمعنى راجع الى صفة المرأة والاول
هو الجمع وهو قسمان جمع يرجع الى الاعيان وجمع يرجع الى الاعداد والثاني وهو ما يحرم بصفة المرأة
كالمحرمة نكاح المعتدة والكافرة والوثنية وزوجة الغير ونكاح الرجل امة نفسه ونكاح المرأة عبدها
ومسائل هذا الفصل مرتبة على التقسيم واما هذه الاصناف السبعة المحرمة بالنص وهو القسم الاول
وهو ما يحرم على التأبيد للقرابة والنسب لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وخالاتكم

وبنات الاخ وبنات الاخت وهذه التحريم المضاف الى الاعيان مجاز عن الافعال عدل عن الحقيقة طلبا
للمبالغة فاقتضى نكاحهن عقدا ووطيا مع تحريم الدواعي على قصد التأبيد لانه نص على التحريم مطلقا فيقتضي
تحريم الافعال في المحل الذي اضيف اليه التحريم الا فعلا منه تكريم لانه خارج عن الارادة بالنصوص الموجبة
لصلة الرحم والاحسان الى الوالدين او بالاجماع وما عدا هؤلاء من القرابات فحلال لقوله تع واحل
لكم ما وراء ذلكم قوله والجدة مطلقا ليشمل الجدة من قبل الرجال والنساء وحرمة الجدة بالاجماع وانما
استدللنا بالاجماع دون النص لان تناول الام للجدة مجاز واللفظ الواحد لا ينتظمهما والبنت حرام
لقوله تع وبناتكم فيدخل فيه ذكر ما اذا زنا ببكر وامسكها حتى اتت ببنت فانها حرام عليه عندنا وجاز
الشافعي نكاح هذه البنت لوجود المبيح وهو قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم وليس هذه داخلة في
المحرمات المتقدمة لان المراد بالبنات بنات الرشدة الا ترى انه لا يضاف اليه شرعا نسبا ولهذا
لا يرثه بخلاف الام فان ابنها من الزنا تضاف اليها نسبا ويرثها بالبنوة ويرثه بالامومة فتحرم
عليه لثبوت الامومة بيننا ولنا النص المحرم بالام ولنا انها بعضه حقيقة لكونها مخلوقة من مائه
لجزئية الموجبة صفة لا تخلف بالحل والحرمة والولد الحاصل منهما يضاف الى كل واحد منهما اضافة
كاملة موجبة للاتحاد بينهما اضافة صحيحة وكانت هذه البنت بعضه حقيقة فكانت مضافة اليه حقيقة
بنته وتينا ولنا النص عملا بحقيقة الاطلاق غاية الامر انها لا ترثه وعدم الارث لا يدل على عدم البنتية
الا ترى تحريم القنية والمدبرة والمكاتبة وامومية الولد مع حرمة النكاح ولكونها تينا وله تحرم
الميراث لكونها بنت الزانية وتحرم نكاحها لكونه بنتا له واما بنت الولد وان سفلت فحرام بالاجماع لما ذكرنا
في الجدة ومعنى قوله وان سفلت مطلقا اي من اي جهة كانت فانما يثبت لاطلاق النص وكذلك يدخل
في اطلاق الخالة والعمة جميع الخالات والعمات المتفرقات وكذلك بنات الاخوة المتفرقين عملا بالاطلاق
وهذا القيد لغو على الاطلاق في الموضعين من الزوائد وكذلك قوله وان سفلت من الزوائد وام المراة
بالعقد الصحيح وبنت المدخول بها ولا اشتراط فيها الحجر وحليلة ابنه واحد له وبنته وبني اولاده وبنت
المصاهرة بالزنا وبالمس والنظر الى الفرج بشهوة هذه الجملة هي النوع الثاني من الاول اعني ما يحرم بالسبب
وهذا السبب هو المصاهرة والمحرمات بالمصاهرة اربع ام المراة اذا كان قد تزوجها بعقد صحيح وهذا
العقد من الزوائد وهذه تحرم بالعقد سواء دخل بها او لم يدخل وبنت امراته التي دخل بها فان لم يكن دخل
بها لم تحرم ولا اشتراط كونها في حجره وامراة ابنه واحد له وامراة ابنه وبني اولاده اما الاولى فلقوله تع
وامهات نسائكم من غير قيد الدخول بالصحة لان مطلق النكاح والزوجة والحليلة انما ينطلق على الصحيح

دون

دون الفاسد وعن بعضهم ان ام المراة لا تحرم الا بالدخول بالبنت وينقل عن مالك وليس بصحيح
ووجهه ان الكلام اذا عطف بعضه على البعض وعقب بشرط انصرف الى المجموع كقوله زينب
طالق وعمرة ان دخلت الدار فان طلاقهما يتعلق بالدخول وقد ذكر قوله تع ام المراة عطف
عليها الربيبة واعقبهما بشرط الدخول فينصرف اليهما ونحن نجيب بان الدخول ليس بشرط بل
وصف لان التعليق بالشرط لا يصح الا بالمعدوم على خطر الوجود والدخول هنا موجود لقوله تع
من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلم يكن تعليقا بل حرمة امراة موصوفة بصفة فيكون عطف
موصوف على غير موصوف تدخلهما في الحرمة فيقتضي العطف اشتراكهما في الحرمة دون الوصف
لكن قال زينب طالق وعمرة القائمة يقع الطلاق عليهما اذا كانت عمرة قائمة ولا يشترط القيام
في زينب واما الربيبة فتحرم بالدخول بالام لقوله تع وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي
دخلتم بهن وكذا بنت المراة وبنات ابنها لدخولهن تحت اسم الربيبة بالنص اثبت قيد
الدخول فلا تحرم بدونه سواء كانت في حجره او في حجر غيره خلافا لقوله داود من اشتراط الحجر
لانا نقول خرج ذكر الحجر مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول دون
نفي الحجر فان قيل المركب ينتفي بانتفاء جزئيه فاذا انتفى الدخول في موضع الاحلال فقد انتفى
المجموع بنفيه قلنا ان الحرمة اذا تعلقت بوصفين فعند احد الوصفين سبق للوصف الآخر شبهة
في بقاء الحرمة فتبقى الحرمة بناء على بقاء شبهة العلة والشبهة كالحقيقة في موضع الاحتياط لان شبهة
العلة كحقيقتها في الحرمة يعضده قوله عليه السلام من تزوج امراة ودخل بها حرمت عليه بنتها
فعقد شرط الدخول بالام ولم يشترط كونها في حجر زوج الام واما ام الاب وان علت فلقوله تع
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء واما امراة الابن وان سفل فلقوله تع وحلائل ابنائكم الذين
من اصلابكم وسواء دخل الابن او لم يدخل لاطلاق النص ويستوي في ذلك النسب والرضاع
لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني
لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع **فرع** تثبت حرمة المصاهرة بالزنا عندنا وقال الشافعي
لا يثبت لان المصاهرة نعمة منّ الله تع بها في قوله تع فجعله نسبا وصهرا والنعمة لا تنال بالمعاصي
كيلا يفضي الى تكثيرها ولقوله عليه السلام في رواية ابن عباس رضي الله عنه الحرام لا يحرم الحلال ولنا
قوله تع ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء والنكاح حقيقة للوطي فمقتضاه تحريم وطي منكوحة الاب
على الابن مطلقا فتقييده بالوطي الحلال زيادة على الكتاب بخبر الواحد وبالقياس فلا يثبت

وقد نقل مذهبنا عن ابن مسعود وابن عباس وابي بن كعب وعمران بن الحصين رضي الله عنهم
ولانه وطئ في محله فيثبت به الحرمة كالنكاح وملك اليمين والشبهة لان حرث الولد في المحل ثبت
الذي لا يختلف بالحل والحرمة والملك وعدمه باشتراك الحلال والحرام في كونه سببا لحصول الولد المضاف
كله الى كل منهما اضافة حقيقية وهذا علة لثبوت الجزئية بين الواطئ والموطوءة ولاستحالة اضافته
كملا الى كل منهما فيثبت الجزئية بالوطئ الحرام عملا بالعلة فصارت اصوله وفروعه كاصولها وفروعها وبالعكس
والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة فعلى هذا ثبت حرمة المصاهرة مضاف الى نفس الزنا
بل يثبت الجزئية منه الولد لا معصية فيه فلم يكن في ذلك اناطة النعمة بالمعصية وانما ثبت بالزنا
تعدية الى السبب من حيث حصول الولد لا من حيث كونه حراما والمعصية وهذا كالاصطياد بالسهم المغصوب
والقوس المغصوب فانه يحل الصيد بالاجماع وحل الاكل نعمة تنط بالرمي من حيث انه طريق الى
اكتساب الحلال من المال من حيث انه استعمال ملك الغير واتلاف منافعه بغير رضاه فان ذلك حرام
فرع لمس النظر الى فرج المراة بشهوة يوجب حرمة المصاهرة عندنا وحده ان ينتشر آلته لذلك او يزداد
انتشارا هو الصحيح لا مجرد الاشتهاء والمراد بالفرج هو الداخل دون الظاهر وقال الشافعي لا يثبت
وعلى هذا اذا مسته امراة بشهوة او نظرت الى ذكره او مستها هو له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول
الا ترى انه لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ولا يوجب الغسل فصح الحاقهما به ولنا حديث ام هاني
وعنه عليه السلام من نظر الى فرج امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها ولان كل منهما سبب
داع الى الوطئ ويمكن الاحتراز عنه فوجب ان يقام مقام الوطئ في حق الحرمة دليله النكاح بخلاف
النظر الى غير الفرج لعدم امكان التحرز عنه فسقط اعتباره ولو مس فانزل قيل يوجب الحرمة والصحيح
انه لا يوجب لانه بالانزال يتحقق عدم افضاء ذلك المس الى الوطئ فتعذر ان يقام مقامه وكذلك
الاتيان في الدبر والمراد بالمراة المنظور الى فرجها الامة لانه لا يخلو اما ان يراد المنكوحة او
الاجنبية او الامة ولا سبيل الى الاول لان ام المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر واللمس لا ان
حرمتها جميعا بالنظر فلا يستقيم في المنكوحة الا فادته يحرم الربيبة دون الام كذا ذكر في الكافي
ولا سبيل الى الاجنبية لانه لا يوجب المصاهرة عند الشافعي وفي التعليل اشارة الى ان النظر
يحرم في موضع لكون الدخول يحرمها لقباحته فتعين ان المراد الامة ومستها هو المحرم وابنتها قال
ولو وطئ صغيرة لا تشتهى قال ابو حنيفة ومحمد اذا وطئ صغيرة لا تشتهى لا يحرم عليه نكاح
امها وابنتها وقال ابو يوسف يحرم لما روينا ولانه وطئ في محل الحرث فاشبه وطئ عجوز ولهما
ان

ان وطئها لا يصلح سببا للولد فاشبه المواطأة بخلاف وطئ الكبيرة لاحتمال العلوق وهذه المسئلة
مذكورة في المنظومة في بيان الحدود وهي بهذا الموضع اليق قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
الا ام من الرضاع او اخت الابن وهو النوع الثاني وهو المحرم بسبب الرضاع والاصل فيه قوله تعالى وامهاتكم
اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وانما لا تحرم
ام الاخت وانه يجوز ان يتزوجها من الرضاع ولا يجوز من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع
فيجوز ان يتزوجها ولا يجوز من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع ولا يجوز
ان يتزوجها الرجل باخت ابنه من الرضاع كما لا يجوز ان يتزوج باخت ابنه من النسب وعند الاخ من الاب
اذا كان له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وهو لا يحرم من النسب لا يحرم من الرضاع وقد يحرم
من النسب ما لا يحرم من الرضاع كما ذكرنا من الصورتين قال والجمع بين الاختين نكاحا بملك يمين وطئا
هذا هو القسم الاول وهو ما حرم لمعنى راجع الى صفة العقد وهو الجمع من القسم الثاني وهو ما حرم على
سبيل التابيد وهذا هو اول قسمي الجمع اعني الجمع الراجع الى الاعيان فنقول الجمع بين الاختين حرام
لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن
ماءه في رحم اختين ويجوز الجمع بينهما ملكا بدون الوطئ لان المراد بالنص حرمة الوطئ اجماعا قال
فلو ادعيا نكاحها وبرهنت كل على سبقها وهو جاهل به فرق بينه وبينهما وقسم نصف المهر عليهما
ولا يوجب شيئا واوجبه كاملا بينهما اذا جمع بين الاختين فلا يخلو اما ان يجمع بينهما في عقد واحد او
في عقدين فالاول باطل بالاجماع واما الثاني فان علم السابق منهما صح وبطل الثاني وان لم يعلم
السابق منهما فرق بينهما وبينه لبطلان نكاح احديهما بيقين ولا وجه الى نفي احديهما لعدم الرجحان
ولا الى التنفيذ في احديهما لعدم الفائدة فتعين التفريق ولهما نصف المهر يقسم بينهما لانه قد وجب
لهما وتعذر التمييز وهذه رواية الاصل والجامع وروى هشام عن محمد ايجاب كل المهر بينهما وقال ابو يوسف
لا يجب عليه شيء لعدم امكان القضاء ومحمد يقول انه متيقن بصحة نكاح احديهما وعدم خلوه فيجب كاملا
بينهما وقيد لا بد من سبق الدعوى او الاصطلاح بقسمة المهر او نصفه كما وضعنا المسئلة عليه
قال او هو نكاح امراة فادعت نكاح اختها الغائبة وبرهنا يحفظ زوجته واوقف للامر
الى حضورها رجل ادعى على امراة نكاحها وادعت هي انه تزوج اختها الغائبة واقام كل منهما
البينة على دعواه قال ابو حنيفة رحمه الله يقضي نكاح الحاضرة وقال هو موقوف الامر الى حين
حضور الغائبة لجواز ان يقيم الغائبة البينة على سبق نكاحها فيحرم الحاضرة فيحتاج الى التفريق

بينهما يجب التوقف احتياطا وصيانة للقضاء عن النقض وله انه قد ظهر نكاح هذه البينة
ولم يظهر نكاح الغائبة بما اقامت من البينة لان هذه البينة للغائبة ولم يوجد منها ولا ممن يقوم
مقامها دعوى ولهذا تحتاج الى حضرتها الى الدعوى والبينة فيجب القضاء بما ظهر وليس في نكاح
الغائبة سبب البطلان نكاح هذه ليستصحب هذه حصا عنها بل بقاء بقاء ذلك النكاح ولا احاطة
للشهود بذلك وجواز ظهور نكاحها معارض بعدمه فلا يجوز ترك المتيقن به للموهوم لجواز عدمه او
لعدم البقاء بتقدير وجوده فرع فان كانت له امة وقد وطئها فتزوج اختها جاز النكاح لصدوره من اهله
في محله ثم لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لقيام الفراش لان العقد حكم الوطء فيكون
جامعا وطئا حكما ولا يطأ المنكوحة حتى يحرم الامة على نفسه بسبب ما لعدم الجمع حينئذ حقيقة وحكما
ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ الامة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما ولقائل ان يقول
لو كان النكاح قائما مقام الوطء وجب ان لا يصح النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا لان نفس النكاح
ليس بوطء وانما يصير وطئا عند ثبوت حكمه وهو حق الوطء وحكم النكاح يثبت عقيب العقد
فالنكاح حال وجوده ليس بوطء فيصح النكاح قال ويحرم الجمع بين المراة وعمتها او خالتها او بنت اختها
للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت اختها
فانكم اذا فعلتم ذلك فقد قطعتم ارحامهن والمشهور يزاد به على الكتاب والاصل في ذلك ان كل
امراتين اذا قدرت احديهما ذكرا من الجانبين لم يجز له نكاح الاخرى فالجمع بينهما حرام لان الجمع بينهما يفضي
الى قطع الرحم والقرابة المحرمة للنكاح تحرم قطعا والجمع يجمع احديهما ضرة الاخرى فيقع القطيعة قال
واجمع بينها وبين امراة ابيها هذا فرع على ما تقدم من الاصل وهو انه اذا جمع بين امراة وبنت زوج كان لها
من قبل فانه يجوز خلافا لزفر له ان الله زوجها لو قدرت رجلا لم يحل له نكاح المراة لانها يكون
زوجة ابيه فيحرم الجمع ولنا ان حرمة الجمع معللة بالافضاء الى قطيعة الرحم الواجب صيانتها وهذا الجمع
غير مفض كذلك بخلاف ما اذا كانت بنتها بالرضاع لمساواتها المحرمة الثابتة بينهما بالنسب رضاعا
وانما تقدير احدى المراتين رجلا فانما يحرم الجمع بذلك اذا اعتبر من الجانبين اذ القرابة لا تتحقق من جانب
واحد ولو قدرت المراة رجلا جاز له نكاح البنت لانها اجنبية لاستحالة ثبوت الزوجية بين الرجلين
قال ويحرم على الحر اكثر من اربع وحرموا على العبد اكثر من ثنتين هذا هو القسم الثاني وهو الجمع الراجع
الى العدد والجمع بين اكثر من اربع نسوة حرام لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع
والتنصيص على الاربع ينفي جواز الزيادة ولما روي ان غيلان الديلمي اسلم وتحته عشر نسوة فامر عليه السلام
ان يمسك منهن اربعا ويفارق البا
وانما

وانما يستوي الحرائر والاماء لاطلاق المقتضي والجمع بين الاماء ملكا ووطئا حلال وان كثرن لقوله تعالى
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم مطلق من غير حصر خرج عنه الزوجات لما ذكرنا فبقي الاماء على الاطلاق
واما العبد فلا يجوز له الزيادة على ثنتين وقال مالك يجوز ان يتزوج باربع كالحر لعموم ما رويناه ولان النكاح
طريقة الملاذ والشهوات وكان العبد مساويا فيه الحر كالاكل واللباس ولنا ان الرق منقص فينتصف
ملك النكاح اظهارا لشرف الحرية قال ويحرم اخت المعتدة منه باين في عدتها او رجعي هذا هو من قسمي القسم
الثاني وهو ما يحرم نصفه في المراة وهي لكونها معتدة معناه اذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او
رجعيا لم يجز تزوج اختها ولا الرابعة حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي في عدة البائن يجوز لارتفاع
النكاح بينهما الا ترى انه يجب الحد عليه اذا وطئها في عدتها وقال علمت انها علي حرام ولو كانت
علاقة النكاح موجودة لسقط الحد ووجب العدة لحق النكاح بينهما ~~الا ترى انه يجب الحد عليه اذا~~
وطئها دون قيام النكاح فانها تجب على المتوفى عنها زوجها قبل الدخول والخلوة الصحيحة ولم تجب
في الطلاق قبل الدخول بالنص واذا ارتفع النكاح لم يحرم نكاح اختها لان حرمة الجمع الصيانة عن القطيعة
وهي مامونة ولنا ان نكاح الاولى باق حكما لبقاء احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والتزوج بزوج آخر
والفراش في حق ثبوت النسب فلا يجوز نكاح الاخت تحرزا عن الجمع حكما احتياطا كما في باب الحرمة ووجوب
الحد ممنوع على اشارة كتاب الطلاق وانما وجب في عبارة كتاب الحدود لزوال الملك في حق الحل
فكان زانيا فيها معتبر بقاء العلاقة فكان جامعا ووجه الخبر ان العدة عن النكاح شبهة قائمة مقام
النكاح في الحرم تعظيما لامر النكاح واظهارا لخطره ولهذا اختلف العدة بالرق في الحرمة اختلاف
ملك النكاح بها وقوله ان العدة حق حق قلنا هو كذلك اذا تأكد النكاح بالدخول والخلوة
فلذلك لم يجب على المطلقة قبل الدخول لعدم التأكد وحق النكاح يعمل عمل حقيقته في الحرمة كان حق
الملك للمكاتب يلحق بحقيقته في الحق الحرمة حتى منع من نكاح امته قال وعدة ام الولد اذا
اعتقت مانعة من النكاح نكاح اختها وقالا لا ان وطئها اذا اعتق ام ولده وجبت العدة عليها فنكح
اختها في عدتها قال ابو حنيفة لا يصح والعدة مانعة وقالا لا تمنع صحة النكاح وانما تمنع جواز الوطء
حتى تنقضي العدة لهما انه يملك التزوج باختها قبل العتق فيملكه بعده ولكنه لا يطأها حتى تنقضي
عدتها تحرزا عن الجمع وطئا لقيام الفراش وله ان فراش ام الولد قبل العتق ضعيف وبعده قوي لانه
يملك نقله الى غيره بالتزويج قبل العتق لا بعده وينتفي نسب ولدها بمجرد نفيه قبل العتق
لا بعده اذا اتت به في العدة فصار كفراش المعتدة عن نكاح ولهذا تؤدي العدة بثلاث حيض قال

واجوزنا الاربع فيها اذا تزوج المولى اربعا في عدة ام الولد المعتقة جاز النكاح والوطئ خلافا لزفر
له انها معتدة منه فلا يحل اختها ولا الاربع كالمعتدة من نكاح صحيح وفاسد والوطئ بشبهة مع ان لحل
الفراش الفاسد والشبهة لم يكن موجبا للحد وقد ضعف العدة التي هي اثر الفراش فيهما وبهنا اولى
ولنا انه هو الفرق بين جواز الاربع والمنع من الاخت ان الفراش فيها قايم مقام العدة بدليل
ثبوت النسب اذا اتت بالولد في العدة ولولا قيام الفراش لما ثبت فلو تزوج اختها لكان جامعا
في الفراش وهو حرام لان الفراش اثر في منع الجمع بين الاختين ولا اثر له في تحريم التزوج بين الخمس
الا ترى انه يجوز الجمع بين الاماء وان كثرت وجه آخر ان فراش ام الولد قوي بالعتق وكل منهما كان
ثابتا قبله يتقوى بعده وقد كان المنع من استفراش الاخت ثابتا قبله بملك يمين ونكاح ذلك قوي
بعده حتى حرم النكاح اصلا لالتحاق الفراش العدة بفراش المنكوحة واما نكاح الاربع فلم يكن ممنوعا
منه قبل العتق فلو امتنع بعده لكان انما امتنع بقوة الفراش لها فيما كان ثابتا يوضحه انه لو
استولد تحت اربع لم يمنع عتقها من وطئهن فكذا المنع من نكاحهن لانه وسيلة اليه ولو كان له اخت
امتنع عليه وطئها في العدة فيمتنع العدة عليها قال وصدقنا المخبر عن معتدته بانقضائها مع انكارها
لو تزوج رجل اخبر عن زوجته المطلقة المعتدة انها اخبرته بانقضاء عدتها وكذبته المعتدة جاز له ان يتزوج
اختها واربعا سواها عندنا وقال زفر لا يجوز والخلاف راجع الى تفويض القاضي له واما الحل ثابت
ان غلب على ظنه صدقها في الاخبار لاحتمال الوقت وصدق هو في الاخبار عنها وغير ثابت ان كان
كاذبا او لم يغلب على ظنه صدقها بالاجماع له ان حكم العدة من استحقاق النفقة والسكنى قايم في جانبها
فكذا في جانبه والا لانبث الحكم من جانبها ولان اسناد الاخبار بطل بتكذيبها في حق القاضي ولا اخت
والاربع فان الحل مضاف الى انقضاء العدة واخبار المعارض بالتكذيب لا يليق حجة عليهم فبقي الحرمة
على ما كانت ولنا انه مسلم عدل دين اخبر عما هو ممكن فيصدق وتكذيبها ليس بمعارض ولا ناقض
لان اخباره اذا لم يفد اليمين في ابطال حقوقها كالنفقة والسكنى فكذلك تكذيبها لا يبطل حقوقه في جواز
التزوج بالاخت والاربع فكان اخباره صادقا فيما يتعلق بنفسه لعدم المعارض وقولها فيما يرجع الى
حقوقها لوجود المعارض من جانبها قال ويجوز الكتابيات لاطلاق قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
يعني العفائف ووصف العفة ليس بشرط بل ذكره بناء على العادة لدلالة العرض قال صاحب
الكافي ولئن كان شرطا لا يدل على الانتفاء عندنا فيثبت الجواز في الامة العفيفة بالنص وفي غيرها
بالنص المطلق قال ويجيز الامة الذمية ومع طول الحرة الخلاف فيهما ايضا مبني على قاعدة
اصول الفقه

وهي

وهي ان الوصف تنزل منزلة الشرط وان الشرط يقتضي وجود المشروط عند وجود الشرط
ولا يقتضي العدم عند عدمه عندنا وقال الشافعي عدمه مضاف الى عدمه كما ان وجوده يضاف
الى وجوده وان عمل الشرط عندنا في منع السبب من الانعقاد سببا في الحال بل هو بعرضية ان يصير
سببا عند وجود الشرط وانما التعليق يمين في الحال وعنده في منع الحكم لا الاتصال بالعلة مع كون اللفظ
سببا في الحال اما ان الوصف تنزل منزلة الشرط فلا نزاع فيه في توقف وجود المشروط على وجوده
واما عمل الشرط فهو يقول الالفاظ الشرعية صريحة في افادة موجباتها الشرعية فيكون قائمة مقام
معانيها في كونها اسبابا لاحكامها فاذا وجدت كانت اسبابا فلا يتصور نفي السببية عنها وانما يتصور منع الحكم
على الترتيب عليها يوضحه ان شرط الخيار في البيع دخل في الحكم دون السبب الذي هو العقد بالاتفاق
فكذا هذا ونحن نقول ان التعليق تصرف من المتكلم كالتطليق وتصرفه انما يعتبر فيما هو محل الاختيار له
لان الحكم الثابت عقيب حصول سببه ضروري لا اختيار له فكان التعليق تصرفا في اللفظ بمنعه عن
ان يتصل بالمحل كيلا يترتب عليه موجبه فاذا وجد الشرط اتصل بالمحل انعقد سببا واما عمل الشرط
فانه يوجب العدم عند العدم كما يوجب الوجود عند الوجود عند الشافعي وهذا بناء على ان التعليق سبب
في الحال فلا يكون عدم الحكم لعدم السبب بل لعدم الشرط وعندنا العدم مضاف الى عدم السبب لان
اللفظ ليس بسبب عندنا في الحال وعمل الشرط في منع السببية اذا ثبت هذا الاصل قال الشافعي
لما كان ذكر الوصف بمنزلة ذكر الشرط كما يوجب الوجود عند الوجود يوجب العدم عند العدم فيترتب عليه
انه لا يجوز الامة مع طول الحرة لعدم الشرط وهو عدم الاستطاعة المشروط في قوله تعالى ومن لم يستطع
منكم طولا ان ينكح المحصنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات وكذلك لم يجز نكاح الكتابية
لفوات وصف الايمان اذ الايمان المذكور في الآية ينزل منزلة الشرط وقلنا ان الشرط لما لم يوجب
العدم عند العدم جاز نكاحها بالمقتضي للجواز وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء واحل
لكم ما وراء ذلكم قال الزمخشري وانما خص المحصنات وهن الحرائر والعفائف حثا على تخير
المؤمنين لنطفهم ويشير هذا الى انه ليس بشرط حتى ان نكاح غير العفائف من المسلمات يجوز اجماعا
قال والاربع منهن فقال الشافعي لا يجوز ان يتزوج اكثر من امة واحدة مسلمة عند طول الحرة
وعندنا يجوز ان يتزوج اربعا من الاماء مع طول الحرة وهذا الخلاف مبني على ان نكاح الامة ضروري
عنده لما فيه من تعريض الولد للرق والضرورة تندفع بالواحدة وبالمسلمة وعندنا ليس بضروري
لاطلاق النصوص المقتضية للجواز فانكحوا ما طاب لكم من النساء وليس فيه الا الامتناع عن تحصيل الولد الحر

لارقاقه فان له ان يمنع عن تحصيل اصل الولد بان يتزوج عاقرا او عجوزا فاولى ان يجوز له الامتناع
عن وصف الحرية فيه قال وجارية ابنه اذا زوج الابن امته اباه جاز النكاح وقال الشافعي
لا يجوز لان للاب حق الملك في امة ابنه لسقوط الحد عنه بوطئها مع العلم بالحرمة فلا يجوز نكاحها
كما لا يجوز في امة مكاتبه وبل اولى لان للاب استيلاد امة الابن دون امة المكاتب ولنا انه ليس
للاب فيها ملك ولا حق فجاز العقد كالاجنبي وهذا لان للابن وطء امته ومتى كان للاب فيها حق
امتنع وطؤها كامة المكاتب لا يحل له وطء امته لثبوت حق الملك للمولى فيها وسقوط الحد ليس لقيام حق
فيها بل لظاهر الاضافة في قوله عليه السلام انت ومالك لابيك المقتضي للشبهة الدارئة للحد
قال وتحرم الامة على الحرة لا بالعكس لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة ولان
للرق اثرا في التنصيف فيثبت به الحل الحقيقي في حالة الانفراد لا في حالة الانضمام الى الحرة والحرة محللة
في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها قال وفي عدة الحرة من باين حرام زوج الحرة المطلق باينا
لا يجوز ان ينكح امة في عدتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز لان الحرام ادخال الامة على الحرة وهذا
ليس بادخال عليها ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها امراة وطلقها باينا ثم تزوج باخرى في عدتها لا يحنث وله
ان العدة تقوم مقام حقيقة النكاح في التحريم على ما سبق واما اليمين فالغرض منه الا يدخل عليها القرائن
والقسم وذلك المقصود لا يتم حال الوطء واليمين تتقيد بالغرض فلا يحنث لزوال الملك بالابانة
ولا يتزوج امته ولا المراة عبدها لان النكاح شرع لاثارة ثمرات ومصالح مشتركة بين المتناكحين
والمملوكية تنافي المالكية فلا تحصل الثمرات على الشركة قال وتحرم المجوسية والوثنية والصابيات
ان لم يكن من اهل الكتاب لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي
ذبائحهم ولقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يومن وانما قال في الصابيات ان لم يكن اهل كتاب
تنبيها على انه اذا كان لهم كتاب تحل مناكحتهم لان الخلاف فيهم ليس مبنيا على حكم الصابي بل في
اعتقاده فهما يقولان انهم يعتقدون عبادة الكواكب وابو حنيفة رحمه الله يقول انهم يعتقدون
نبيا ولهم كتاب فان كان اعتقادهم كما قالا لا تحل بالاجماع وان كان كما قال ابو حنيفة تحل بالاجماع
وفي الكشاف حكم الصابئين حكم اهل الكتاب عند ابي حنيفة وقال صاحباه صنفان صنف يقرؤون
الزبور ويعبدون الملائكة وصنف لا يقرؤون كتابا ويعبدون النجوم فهؤلاء ليسوا من اهل الكتاب
قال وتحرم الحامل من الزنا دون وطئها حتى تضع اذا تزوج حاملا من الزنا صح النكاح
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف النكاح باطل فلو كان الحمل ثابتا فالنكاح باطل بالاجماع
ان

انه ان هذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولا يجوز اسقاطه فالتحق بثابت النسب ولانه عقد
لا يترتب عليه حكمه في الحال من الاستمتاع وطلب الولد لاشتغال الرحم بماء الغير فلم يكن
مفيدا المقصود فلم يصح ولهما قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولانه عقد صدر من اهله
مضافا الى محله حرة لا يه فيصح لان عقد النكاح مما يمكن اثبات حل الوطء فيه بالجملة وهو ممكن
لان المنافع من الوطء على شرف السقوط كالحيض والنفاس وبالامتناع من ثابت النسب لحرمة
صاحب الماء لا حرمة للزاني وانما حرم لئلا يكون ساقيا ماءه زرع غيره وهذا اخر الكلام في
المحرمات المبنية على التقسيم السابق قال وبطل المتعة ان يقول متعيني نفسك او المتع بك
كذا من فيقول متعتك نفسي ولا بد من لفظ التمتع فيه وقد ذكر صاحب الهداية ان مذهب
جوزها قال اصحابنا انه سهو والمذكور في كتب مالك حرمة نكاح المتعة وهو الصحيح وقوله تعالى فمن
ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون اشارة الى ما تقدم في الاية من ان مستثناه هو الزوجة
المملوكة بملك يمين وهي ليست بزوجة لتخلف احكام الزوجية عنها من الارث وانقطاع بغير
طلاق وتخلف خواص النكاح من الظهار وغيره وليست مملوكة اليمين وانه قد حرم لنهيه عليه السلام
يوم خيبر وقيل يوم حنين وفي حديث الربيع ابن سبرة عن ابيه ان النبي عليه السلام قال
ان الله تعالى حرمها قال وابطلنا الموقت لا التوقيت رجل تزوج امراة الى مدة معلومة
طويلة او قصيرة فالنكاح باطل وقال زفر يصح النكاح ويلزم ويبطل اشتراط المدة لان النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة كما اذا تزوجها بشرط ان لا يطلقها بعد عشرة ايام فانه يصح النكاح
ويبطل الشرط وهذا لان النكاح من قبيل الاسقاطات لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه متعة
معنى والاعتبار للمعاني في العقود وهذا لانه اتى بالنكاح لفظا وبالمتعة معنى لان النكاح يعقد
للازدواج وطلب الولد والمتعة هو الاستمتاع لا غير والنكاح الى عشرة ايام مثلا يقصد به الاستمتاع
لا غير والعبرة للمعنى الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة
الاصيل كفالة اعتبارا للمعنى ولان النكاح لا يحتمل التوقيت وانما التوقيت في المتعة ومن
وجها فعقد نصا على المتعة فلا ينعقد النكاح وان تلفظ به لانه لو انعقد اما ان ينعقد موبدا
وموقتا والاول باطل لانهما وراء المدة المذكورة فلا حكم بانعقاده في زمان لم يعقدا فيه
الا ترى انه لو اضافه الى ما بعد شهر لم ينعقد في الحال وكذا الباقي لان النكاح لم يحتمل التوقيت
لانه عقد العمر فكان التابيد شرطا فيه فالصحيح ان التوقيت ابطل العقد وحكمه فيما وراء المدة

فلم يكن نكاحا شرعا لكن بشرط فاسد بل نكاحا يعتبر فيه عن نكاح يقتضي حكمه على مدة معينة وهذا
معنى المتعة بخلاف النكاح بشرط الطلاق بعد شهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطها القاطع
لوجوده منها من النكاح بعد شهر دليل على وجود النكاح منها مؤبدا قال ويجوز الشغار ويجب مهر
المثل صورة نكاح الشغار ان يقول الرجل اني ازوجك بنتي على ان تزوجني ابنتك او اختك
فيكون احد العاقدين عوضا عن الاخر فالعقد بين جائز عندنا ولكل منهما مهر المثل وقال الشافعي
العقد بين باطلان لنهيه عليه السلام عن الشغار ولانه جعل نصف البضع صداقا ونصفه منكوحا
والاشتراك فيه باطل ولنا ان ركن العقد صدر من الاهل مضافا الى المحل عن ولاية شرعية لكنه سمي
فيه ما لا يصلح مهرا فصار كانه زوجها على خمر او خنزير وهذا لان اشتراط ذلك فاسد فلا يؤثر في انعقاد
العقد لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة والشغار هو الخلو يقال بلدة شاغرة اي خالية
عن السلطان وشغر الكلب بالبول اخلى موضع احدى رجليه منها وشغر فلان من بلدة نفي فيكون
النهي عن الشغار نهيا عن النكاح الخالي عن المهر وعندنا النكاح الخالي عن المهر غير ثابت فقد قلنا بموجب
النهي ووجب مهر المثل قال ويبطل شروط الخيار لا العقد اذا شرط الخيار في النكاح لاحدهما
او لهما فالنكاح صحيح وشرط الخيار باطل وقال الشافعي يبطل النكاح لان اشتراط الخيار في معنى التوقيت
واضافة النكاح الى المستقبل لان حكم النكاح ان يترتب عليه الى زمان الاحصاء كان توقيتا او لم يترتب
عليه الى ذلك الوقت كان اضافة اليه وكلاهما باطل ولنا قوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن
جد النكاح والطلاق والعتاق واشتراط الخيار في معنى الهزل لاجتماعهما في مباشرة العقد وعدم
الرضا بحكمه واحتلالهما بالتابيد لعدم الرضا وتوقيته والهزل غير مانع فكذا شرط الخيار والفقه
فيه ان عقد النكاح اذا تم لم يقبل الفسخ فلم يكن في معنى خيار الشرط لان اثره في منع الرضا بلزومه
لا في الانعقاد كما مر في البيع ومتى انعقد النكاح لزمه وكان الشرط فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط
الفاسدة فلا يتوقف لزومه على تمام الرضا قال ولو تزوجهما بالف واحداهما حرام صح في الحلال
ولها الالف وقالا حصتها من مهر مثلها اذا تزوج امراتين بالف درهم واحدهما لا تحل له نكاحها صح
نكاح التي فيبطل نكاح الاخرى لاختصاص المبطل باحدهما وقد كان قد جعل القبول في الحرام شرطا
لانعقاده في الحلال لان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لفساده
بالشرط الفاسد ثم اذا صح النكاح في الحلال فجميع الالف مهرها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا مهرها قسط
مهر مثلها من الالف يقسم على مهر مثلها ومهر مثل الاخرى وما اصاب مهر مثلها فهو لها وما اصاب مهر مثل
الاخرى بطل اذا كانا سواء لكان
لها

لها خمسماية وان كان مهر هذه الفين ومهر الاخرى الفا فلهذه ثلث من الالف او الف خمسماية وللاخرى
الفا فلها ثلثه الاخماس الالف لهما انه قابل الالف ببضعيهما فانقسم عليهما كما لو كانا حلالا له فاذا
لم تحل احدهما سقط ما قابلها وله انه قصد الى جعل الالف كله مهرا في هذا العقد فيكون مهرا
لمن صلح له لان الاخرى لم يدخل في العقد حقيقة لعدم المحلية فيجعل الالف بازاء من الاخرى عملا
بمجاز اللفظ عند تعذر الحقيقة واطلاق التثنية على الواحد كثير وهو من باب اطلاق اسم الملزوم
على اللازم فان الواحد من الاثنين من لوازم الاثنين فصل في الاولياء والاكفاء والوكالة
في النكاح قال ويجيز بعبارة النساء وكل تزوجت نفسها وهي حرة عاقلة بالغة او وكلت غيرها
او توكلت به جاز من غير ولي ويشترطه في رواية او قيده على اجازته في اخرى عبارة النساء صحيحة
في النكاح عندنا حتى اذا زوجت المراة البالغة العاقلة الحرة نفسها او وكلت غيرها صح او توكلت
من غيرها فعقدت جاز وقال الشافعي لا يصح بعبارتها اصلا ولا بد من الولي وعن محمد انه
توقف على اجازة وقيل انه رجع الى قول ابي حنيفة وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي فظاهر الرواية
كقول ابي حنيفة وهاتان الروايتان من الزوائد والتوكيد من الزوائد وجه قول الشافعي ايما امراة
نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ولانه مولى عليها قبل البلوغ لعدم الراي
فلو زال بالبلوغ لكان لحدوث الراي والعقل والحادث منهما ناقص فلو فوض اليها احل ذلك
بمقاصد النكاح وفوايده كعدمه ولم يرفع الولاية الا ان حجر القول ذلك الخلل بخيرها جانب
الولي ولنا قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف اضاف
النكاح والفعل اليهن وكان دليلا على صحة عبارتهن ونفاذها عملا بحقيقة الاضافة والاطلاق
ومتى زوجت نفسها من كفو لها بالمثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلم يكن على الاولياء
في ذلك جناح ولرواية ابن عباس رضي الله عنه ان فتاة قالت لرسول الله ان ابي زوجني من ابن
اخ له ليرفع خسيسته وانا له كارهة فقال اجيزي ما صنع ابوك فقالت لا راغبة لي فيما
صنع ابي قال فاذهبي فانكحي من شئت فقالت لا راغبة لي فيما صنع ابي ولكني اردت
ان اعلم الناس ان ليس للاباء من امور بناتهم شيء الحق لها النكاح من شاءت وسكت
عن الانكار عليها فيما قالت فكان بيانا للصحة ولان العاقد بالغة تصرفت في خالص حقها من غير
ضرر لغيرها فكتصرفها في المال والولاية في النكاح اسرع ثبوتا من المال لثبوتها لغير الاب والجد
مع عدم الثبوت في المال واضافة الولي فيما روته اليها دليل على ان المراة اذا كان لها ولي

كالامة لا يصح انكاحها نفسها بدون اذنه واتما ماكن فيه ولية نفسها بدليل كونها وليه في المال
واختيار الازواج فلم يتناولها النص على انا نقول فيما رواه دلالة على ان المجموع المركب من النكاح
مع عدم اذن الولي باطل فلو انتفى هذا المجموع بان نكحت نفسها باذنه يجب ان يكون جايز الانتفاء
ذلك المجموع الذي علق به البطلان وهو لا يقول به فتعين حمله على الامة والصغيرة عملا بمقتضى
اللفظ فانه دل على التوقف على الولي وما يروى في هذا الباب محمول على الاستحباب لئلا تنسب
الى الوقاحة وصيانة لها عن الحضور في محافل الرجال ولا اعتبار بكمال العقل في هذا الباب لعدم
الوقوف عليه بل المعتبر في باب الولاية مطلق العقل والبلوغ دون الزيادة والنقصان فانه
ولاية كامل العقل والناقص على مالهما ولاية واحدة وفي اعتباره لكم حرج تمييزه وقد وجد البلوغ
والعقل فيترتب عليهما ما يترتب على الرجل قياسا على المال قال ويستاذن البكر فيكتفى
بصماتها وتعرب الثيب الولي اذا استاذن البكر في تزويجها من رجل وسماه تسمية يقع لها بها
المعرفة ليظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا يجوز تسمية المهر هو الصحيح لصحة العقد بدون التسمية
فسكتت او ضحكت فذلك رضا لقوله عليه السلام البكر تستامر في نفسها فان سكتت او ضحكت
فقد رضيت فلا يعارض في السكوت جهتان الرضا وعدمه لكن ترجح جانب الرضا لموضع الحياء
من اظهار الرغبة لا من الرد والضحك ادل على الرضا فيعتبر بخلاف البكاء ولدلالته على الكراهة وقيل
ان كان البكاء على وجه الاستهزاء لا يكون رضا وهذا الحكم فيما اذا استامرها الولي الاقرب فان استاذنها
غير ولي او ولي ابعد لا يكون السكوت رضا لجواز ان يكون لقلة الالتفات الى كلامه بخلاف رسول الولي
لقيامه مقامه اما الثيب فتعرب عنها لسانها ولا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام
الثيب تشاور ولان الثيابة رفعت المانع من النطق قال وان زوجها كالبكر ان كانت
بوثبة او حيضة او تعنيس قال علماؤنا رحمهم الله اذا زالت البكارة باحدى هذه الاشياء فحكمها حكم
البكر حتى يكتفى بسكوتها عند الاستيذان والصحيح من مذهب الشافعي انها تزوج كالابكار والقول الاخر
انها ثيب تستنطق ووجهه انها لم يبق بكرا الا ترى ان الامة المشتراة على انها بكر ترد لزوال بكورتها
بكارتها بهذه الاشياء ولنا ان مصيبها اول مصيب لها فكانت بكرا لان معنى البكارة تنبئ
اولية الشيء ومنه البكرة لاول النهار والباكورة لاول الثمار ولهذا يدخل في الوصية لبنتهم
الا انها ليست بعذراء البكر ولهذا كان زوال العذرة اعتبارا في الشراء وفي النكاح تعلق الحكم
بالبكارة التي هي مظنة الحياء لعدم ممارسة الازواج وهو موجودة قال وكذا ان زالت المصابة
بالفجور

تجوز

تزوج كالبكر عند ابي حنيفة وقالا ثيب لهما قوله عليه السلام الثيب تشاور وهذه ثيب
لدخولها في الوصية لثيب بني فلان وكذا لو اوصى بالوطئ في النكاح الفاسد وبالشبهة
وله انها تشارك الابكار في علة الاكتفاء بالسكوت لان العلة صيانتها عن كل واحد من ضرر فوات
مصالح النكاح وضرر الاقدام على التعبير بالنطق مع الحياء وعيبا ذكرنا صيانة هذه عن ضرر تعطيل المصالح
وضرر التعبير اما باظهار الرغبة او بالاعتراف بانتزاع اعتقاد الولي بكارتها المانعة من النطق
لانها ان سكتت والواجب النطق فاتت المصالح فان نطقت لزم الضرر باحد هذين الامرين فوجب
دفع الضرر بالنص الثاني له وجه آخر انه لا يمكن ادارة الحكم على حقيقة الحياء لتعذر ضبطه ومقدار
ما هو المعتبر منه فادير على مظنته وهو البكارة وتعذر ان يراد على حقيقتها لقبح تفحص الولي عنها شرعا
وعقلا فاكتفى بالبكارة الظاهرة باصل الفطرة ببقاؤها فيكتفى بالسكوت الا ان يظهر ويشيع
بخلاف الوطئ بالشبهة في النكاح الفاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما وامر بالستر في الزنا
وندب له فافترقا وقيد الحياء من الزوائد قال ولو ادعى سكوتها وهي الرد فالقول لها لا قوله اذا
الزوج رضاها فقالت ما رضيت فالقول قولها عندنا وقال زفر القول قوله لانه متمسك بالاصل
اذ السكوت اصل والرد عارض كالمشروط له الخيار اذا ادعى بعد مضي المدة انه رد البيع في مدته وجحده
صاحبه فالقول للجاحد لتمسكه بالسكوت الذي هو الاصل ولنا ان الزوج يدعي تملك بضعها وهو امر حادث
وهي تنكر فكانت هي المتمسكة بالاصل معنى لان الاصل استمرار عدم الملك عليها وصار كما لو انكرت
اصل النكاح وهو يدعيه وما قاله ان كان ظاهرا الا ان التمسك به يصلح للدفع لا لاثبات الاستحقاق
والزوج محتاج اليه بخلاف البيع بشرط الخيار لظهور سبب لزوم العقد وهو مضي المدة وهو محتاج
الى اثبات استحقاق الفسخ والظاهر لا يكفيه وهو لا يدعي دفعه فلغاه قال او انكاح ابنته فشهد
ابناه وهي كبيرة بردها وسمعهما ثم اختلفا وادعى الاب انكاحه اياها وجحد الزوج فشهد الابنان
وهي حالة التهم وقال محمد تقبل لانهما شاهدان لاختهما والشهادة للاخت مقبولة وقيد الكبيرة
من الزوائد وهو لنفي اتفاق منعقد على انها لو كانت صغيرة حين الدعوى لم تقبل الشهادة قال
ويتولى العصبة المسلم الحر البالغ العاقل ولا عصبة بالعتق والكافر على مثله تزويج الصغير والصغيرة
كالاب والجد وهو يحجب الاقرب الابعد لكن تثبت لهما خيار البلوغ بتزويج غيرهما ويسقط مطلقا اما
الولي هو العصبة فلقوله عليه السلام الانكاح الى العصبات واما كان لهم تزويج الصغير والصغيرة
كالاب والجد لقوله عليه السلام الا لا تزوج النساء الا الاولياء ولقد خرجت البالغة عاقدة مبناه الصغار

تتعين

وقد تزوج النبي عليه السلام عايشة رضي الله عنها وهي بنت ست او سبع وبنى بها وهي بنت تسع وزوج
علي رضي الله عنه ابنته من عمر رضي الله عنه وهي صغيرة ولان النكاح يتضمن مصالح لا تنتظم الا بين
المتكافئين وليس ذلك مما يتفق في كل وقت فدعت الحاجة الى اثبات الولاية على الصغار
تحصيلا للمصلحة والقرابة داعية الى الشفقة فينتظم الجميع وانما علقناه بالعصبات لان الولاية
نوع ولاية كالارث يخلف المورث بذلك وتعرفها والولاية هي الخلافة في التصرف والوراثة
لها اسباب الفريضة والعصوبة والقرابة واقوى الاسباب العصوبة لان الارث بها متفق عليها
بخلاف ذوي الارحام ويستحق بها جميع المال فلذلك رتبنا الولاية على اقوى اسباب الارث وكذلك
رتبناها بينهم على ترتيبهم في الارث والحجب تعديا للاقوى وهذه من الزوايد وشرط الاسلام لانه لا ولاية
للكافر على المسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا يقبل شهادته ولا يتوارثان
والكافر ولي على مثله ويتوارثان وهي من الزوايد ايضا وشرط الحرية ايضا لان العبد لا ولاية له
على نفسه فاولى ان لا يكون وليا على غيره والبلوغ والعقل لان هذه الولاية نظرية ولا نظر للصبي والمجنون
واما الفسق فغير مانع من الولاية وان ظهر واشتهر وقال الشافعي في اضعف القولين هو مانع لان الفسق
منع شرط النكاح اعني الشهادة عنه مع ان الشرط لا مدخل له في ركن العقد فلان يكون مانعا عن شرطه
وهو الايجاب والقبول مع انه ركن كان اولى ولنا انه ولي على نفسه وماله فيلي على اولاده الصغار
كالعدل شرط العقد موقوفا على العدالة لما عرف فلا يتوقف الركن ايضا لانه اهله وانما قال الولاية
على الاب والجد تعريفا لحكم الولاية فيهما غير استدراكها بينهم وبينهما من التفاوت فقال لكن ثبت
لهما خيار البلوغ بتزويج غيرهما ويسقط مطلقا فعند ابي يوسف ان تزويج غير الاب والجد كالاخ والعم
كتزويجهما في سقوط الخيار به ومعنى قوله مطلقا اي كل ولي زوج الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد
بلوغهما وقالا لا يلزم عقد النكاح الا بتزويج الاب والجد دون غيرهما له الاعتبار بالاب والجد لان
القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية والتقريب بالتصرف ينظر لغيره لا لنفسه وهو قايم مقام
الاب في التصرف في النفس كالوصي في التصرف في المال فكان عقد الوصي يلزم كعقد الاب فيما
قام مقامه فلذلك عقد الولي ولان النكاح صدر عن ولاية ونفاذه دليل حصول المصالح على وجه الكمال
فبالطلة لتلك المصالح ولهما ان القرابة في الاخ والعم ناقصة وذلك يشعر بقصور الشفقة فاثبتنا اصل
الولاية نظرا الى وجود اصل الشفقة وسلبنا اللزوم نظرا الى قصورها حتى اذا كان العقد راجح المصلحة
بقي والا امكن التدارك دفعا للضرر ثم القضاء شرط في الفسخ في خيار البلوغ لا في خيار العتق لان خيار
البلوغ
لدفع

لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل في العقد ولهذا شمل الذكر والانثى فكان الزاما في حق آخر فافتقر
الى القضاء واما خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو ازدياد الملك عليها ولذلك اختص بالانثى فكان دفعا
ولم يكن الزاما فلم يفتقر الى القضاء فاذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا
وان لم تعلم به كان الخيار باقيا حتى تعلم فتسكت وانما شرطنا العلم بالنكاح لانه يشترط التمكن من التصرف
والولي ينفرد بالولاية فكانت معذورة ولم يشترط العلم بالخيار فان دار الاسلام دار العلم وهي متفرغة
له بخلاف الامة المعتقة حيث لم يشترط علمها بالخيار لانها مشغولة بالخدمة فتعذر بالجهل فاذا اختارت
الفسخ في خيار البلوغ فرق القاضي وهي فرقة بغير طلاق لانه فسخ ثابت ضرورة دفعا للزوم فلا يكون
طلاقا ولا مهر لها ان كان قبل الدخول لان المراد من الفسخ دفع عقوبات العقد وان كان بعد الدخول
فلها المسمى لاستيفاء المعقود عليه وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه وليس لنا فرقة
جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه الا هذه لانه لو وجب المهر لما كان في الخيار فايدة لكونه قادرا على
الفرقة بالطلاق فلما ثبت فايدة الفسخ سقوط المهر والسكوت يبطل خيار البكر دون الغلام
اعتبارا للحالة الحالة بابتداء العقد والاعتبار خيار البلوغ في حق البكر الى آخر المجلس بخلاف الثيب
ولا يبطل في حقها بالقيام ولا في حق الغلام لان الخيار لم يكن ثابتا باثبات الزوج فيكون القيام
اعراضا كما في المخيرة بل يثبت لتمكن خلل في العقد فلا يبطل الا بالرضا غير ان السكوت في حق
البكر رضا لانه ثابت باثبات المولى فيعتبر فيه المجلس كخيار المخيرة لان الزوج الذي ملكها وهو
المالك للطلاق قال واللزوم بتزويج القاضي رواية والخيار هو المختار كما افتى به ولو زوجها
القاضي اي غير الاب والجد فعند ابي يوسف ان العقد لازم ولا خيار لهما بعد البلوغ وقال محمد لهما الخيار وهذا
هو الصحيح وهو من الزوايد وهو المختار للفتوى ونبه على انها رواية حيث جعلها جملة اسمية وهي من الزوايد
ونبه على انها قول محمد بقوله كما افتى به وجه الرواية الاولى ان ولاية القاضي كاملة لكونها مستفادة
من التقليد ويكون ملزمة كالاب والجد وقصور الشفقة ينجبر بكمال الولاية وجه الرواية الصحيحة
المختارة ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ ولان العصبة مع قربها غير ملزمة فالولاية المتأخرة
اولى ان يكون غير ملزمة وعليها الفتوى قال في الهداية عند قوله وان زوجهما غير الاب والجد فلهما
الخيار اذا بلغا والاطلاق الحولي في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي هو الصحيح من الرواية
لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر قال وله تزويجها بغبن فاحش في المهر
وغيره كفو الاب والجد اذا زوج الصغير او الصغيرة بغبن فاحش في المهر بان زوج بنته

ونقصت من مهر مثلها او زوج ابنه زاد في مهر امراته او زوجهما بغير كفو فالنكاح جايز عند ابي حنيفة وقالا
لا يجوز لانهما اخلا بالعقد الاصلي وهو مهر المثل والكفاءة الا ترى انهما لو اكرها على العقد بمهر المثل.
والكفاءة لزم والا فلا فصار كما لو باعا ماله بغبن فاحش وله ان اقدامهما على العقد مع وفور
الشفقة وكمال الراي دليل على تحصيل مصالح اخر خفية واغراض صحيحة تزيد على هذه المصلحة الظاهرة
بخلاف الاكراه لان ترجح المصالح الخفية على الظاهرة انما يظهر حالة الطواعية دون الاكراه
بخلاف المال لعدم حصول المصلحة في المالية مطلقا ومسئلة التزويج بغير كفو من الزوايد قال ويقتصروا [?]
الولاية على الاب في الصغيرة وندب الاجبار على الصغر لا البكارة الولاية في الاجبار عند الشافعي
للاب والجد لا لغيرهما على البكر ان كانت بالغة لا على الثيب ان كانت صغيرة فمدار الاجبار عنده
على البكارة ومداره عندنا على الصغر فله الولاية على الصغيرة وان كانت ثيبا لا على البكر ان كانت
بالغة اما البكر الصغيرة فالولاية ثابتة عليها اجماعا والثيب الكبيرة مسلوبة عنها اجماعا وعند مالك
ولاية الاجبار مخصوصة بالاب وجاز على الصغيرة وحدها دون الصغير ووجهه ان الولاية على الحرة
على خلاف القياس مطلقا ورد في حق الاب على الصغيرة بالنص فلا يقاس الجد ولا غيره من العصبات
لانه ليس في معنى المنصوص عليه من كل وجه ولنا ما مر ان القرابة تدعو الى النظر فاثبتنا اصل الولاية
وهذا القصور اثر في سلب ولاية الالزام حتى اثبتنا الخيار بعد البلوغ واما المال فان التصرف فيه
يتكرر بيعا وشراء فلا يمكن اثبات الولاية الا بشرط الالزام ولا الزام فبطل اصل التصرف
فيه لبطلان فايدته واما اثبات الولاية على خلاف القياس ممنوع بل هو على وفاقه فان النكاح يتضمن
المصالح المتكافية عادة فاثبتنا الولاية احرازا للكفو واما مدار الاجبار على البكارة عند الشافعي
فوجهه ان البكر جاهلة بامور النكاح وان كانت بالغة لعدم التجربة بخلاف الثيب لحدوث الراي بواسطة
الممارسة وان كانت صغيرة وهذه الولاية نظرية والجاهلة بامور النكاح احوج اليها من غيرها ولنا انها
حرة عاقلة بالغة فكانت ولية نفسها وحدوث الراي والعقل متعلق بالبلوغ في الشرع بدليل
توجه الخطاب اليها فصارت كالغلام وكالتصرف في المال ولا اثر للممارسة في حدوث الراي
مع الصغر لعدم الشهوة وانما ملك الاب قبض صداقها لقيام الاذن دلالة حتى لو منعته عن القبض
لا يمكن له قبضه ومذهب الشافعي ان العصبة يتولى العقد ايضا عند عدم الاب والجد ولا يكون
الولاية مقصورة عليهما كما هو مذهبنا فسقطت الخلاف قال وعندنا ولاية الاب لجنون الولد
بعد البلوغ اذا بلغ الصغير عاقلا ثم جن عادت لابيه الولاية في تزويجه وقال زفر لا تعود

لانه

لانه لما بلغ زالت ولاية الاب لحدوث ولايته على نفسه ولما صار ولي نفسه وقع الاستغناء
عن نظر الولي بخلاف الجنون المتصل بالصبي لعدم ما يزيل به الولاية التي كانت ثابتة من قبل
وللاصل الابقاء وبخلاف الولاية على المال لتجدد الحاجة اليه في كل وقت ولنا ان الموجب لثبوت
الولاية عجز المولى عليه عن التصرف واحتياجه الى الولي فالجنون الاصلي والطارئ في ذلك سواء وقد لا يتفق
الكفو في حال الافاقة وقد يتفق فلا يثبت حتى يفيق فمست الحاجة الى النظر له في الجنون الطارئ
حسب الحاجة في الجنون الاصلي قال وللام واقاربها وذوو الارحام اولياء بعد العصبة وعندهم
اذا لم يكن للصغير او الصغيرة عصبة فللام والجدة والاخت والخالة ونحوهم من ذوي الارحام الولاية
عند ابي حنيفة وقال محمد ليس لغير العصبة ولاية لكن السلطان او نايبه كالقاضي لقوله عليه السلام
الانكاح الى العصبات بلام الجنس فيهما فيقتضي انحصار احد الجنسين في الاخر فينتفي عن غيرهم وانما
يثبت للسلطان او نايبه لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وله ان القرابة سبب داع
الى الشفقة ولهذا قام ذوو الارحام مقام العصبة عند عدمهم في الميراث فيقدمون مقام الانكاح
باشارة قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله تعالى وهذا لان القرابة
ملزمة وكان اصل القرابة موجبا لثبوت اصل الولاية فثبت خيار البلوغ لتدارك الخلل
ان حصل والحديث يدل على الانكاح الى العصبات عند وجودهم واما عند عدمهم فالحديث ساكت
عنه فينتقل الى من هو في معنى العصبة في الشفقة وانما تاخروا عن العصبة لضعف الراي وبعد
القرابة كما في الارث قال ثم يتولى المولات ثم القاضي قوله واما مولى الموالاة فلانه وارث
موضعه عن ذوي الارحام في الارث فكذا في الولاية واما القاضي فلقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له وهاتان من الزوايد قال والجد اولى من الاخ مطلقا واثبتاها لكل منهما اذا كان
للصغير والصغيرة جد واخ لاب وام او لاب او لام وهو معنى قيد الاطلاق وهو من الزوايد قال
ابو حنيفة الولاية عليهما للجد دون الاخ وقالا الولاية لكل منهما لان كلا منهما تدلى الى الصبي لكن
الاخ يتصل الى اب الصبي بالبنوة والجد بالابوة والبنوة في التعصيب فوق الابوة فهذا يقتضي
انفراد الاخ بالولاية نظرا الى ترتيب درجات التعصيب والجد قايم مقام الاب في كثير من
الاحكام وفي اطلاق اسم الاب عليه وهذا يقتضي انفراده فلذا ثبتنا سويا واثبتنا الولاية لكل منهما
نظرا للصبي وله انا اجمعنا على ان الجد يورث مع الابن وابن الابن دون الاخ والجد له جهتان
يورث بهما بالفرض تارة وبالتعصيب اخرى دون الاخ اجماعا دل ما ذكر على ترجح الجد دون الاخ في قوة
القرابة

الداعية الى الشفقة التي يتفرع عليها استحقاق الارث وولاية الانكاح وهذا له التصرف في المال عند عدم
الاب دون الاخ قال وزوج ابا المجنونة على ابنها وعكسا المجنونة التي لها اب وابن يتولى الاب نكاحها
عند محمد يتولاه الابن عندهما لعدم الاب احترازا ووجه قوله ان الاب لها انظر وشفقته عليها اظهر واوفر
دل بثبوت ولايته على المال فكان اولى ولهما انه عليه السلام جعل ولاية الانكاح الى العصبات على ترتيبهم
في الميراث وهنا هو العصبة لا الاب ولا يلزم من تقدمه عليه في الانكاح الاترى ان الجد يتولى المال مع
الابن والابن يتولى النكاح معه اجماعا وانما صورناها في المجنونة لانها اذا كانت صغيرة مجنونة فله
ولاية الصغير لا الجنون وان كانت كبيرة فلا ولاية عليها اصلا فاذا كانت كبيرة تولينا عليه فلا يرد
الجنون لتصور المسئلة قال وفي محمد الاب تزويج عبد الصغير من امته قال ابو حنيفة ومحمد لا يملك الاب تزويج
عبد الصبي من امة الصبي وقال ابو يوسف يملك ذلك لانه يملك تزويجها من غير عبده فيملك تزويجها منه
فلا يلزم انه لا يملك تزويج العبد من غير امة الصبي لان النكاح يكون مستعقبا له بلزوم المهر عليه واشتغال
ذمته به وهنا لا يجب المهر عليه فلا يكون استعقابا ولهما ان الموجود منه غير مملوك له شرعا فلا ينفذ
لان الموجود منه المجموع وهو تزويج عبد الصبي وتزويج امته وهذا المجموع غير مملوك له لانه لا يملك احد جزئيه
فلا يملكها بالضرورة قال واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة فعقد الابعد اجزناه عندنا الى
تزوج الابعد ويلزم تزويجه حتى لو عاد الاقرب لا يبطل ما عقده الابعد وقال زفر لا يجوز للابعد ان
يزوج ولو عاد الاقرب وقد عقد الابعد بطل عقده لان ولاية الاقرب حال غيبته قائم الاترى انه لو تزوجها
حيث اجاز فلا يبطل بغيبته ولا ينتقل الى الابعد فيكون عاقدا على الطفل بغير ولاية فلا يصح ولنا ان هذه
ولاية نظرية ومتى فوض الى من لا ينتفع برايه يفوت مصالح النكاح لاستطلاع رايه عادة على موضعه
بالتفقد ففوضناه الى الابعد تنزيلا له من الاقرب منزلة الخلف من الاصل واذا وصل الاقرب وقد حصل
من الابعد كان القدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف فلا يبطل الحكم الحاصل بالخلف كالقدرة على الماء
بعد الفراغ من الصلوة بالتيمم واما جواز تزويج الاقرب حيث هو ممنوع ومع التسليم يقول للابعد
بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه والولاية على الطفل نظرية فجعلنا [illegible]تساويين
فايهما عقد نفذ نظرا له لان راي الابعد خلف عن الاقرب ولا فرق في الخليفة بين عدم الاصل وعدم الانتفاع
به الاترى كيف يثبت جواز التيمم مع وجود الماء النجس كعدمه اصلا لان الماء النجس غير منتفع به فكان
كالعدم كذا ذكر هاهنا قال وتقدمه على القاضي الولي الاقرب اذا غاب غيبة منقطعة انتقلت ولاية
التزويج الى الابعد وقال الشافعي يتحول الى القاضي في اظهر القولين لانها ثابتة للاقرب لوجود السبب

وهو

وهو قريب القرابة وثبوتها لا يمنع ثبوتها للابعد لكن عدم انتفاع المولى عليه برايه نقول هو منزلة
عضله لو كان حاضرا عند عضل القاضي نيابة عنه لثبوت ولايته ابقاء لحق المستحق كما في المجبوب
والعنين حيث ينوب عنهما في التفريق التسريح بالاحسان عند فوت الامساك بالمعروف دفعا للظلم
عنها فكذلك هنا عند المولى عليه خطرها باحتباس حقه فناب عنه في تزويجه بالكفء نيابة فيه
ولنا ان الولاية نظرية ولا نظر للمولى عليه اذا ثبت للاقرب لعدم انتفاعه بها فصار في حقه كالميت
او جن فينتقل الى الابعد كما حقق ذكره وانما ينوب القاضي مناب غيره اذا صدر عنه ظلم فيكون
دافعا له كما في حق العنين والمجبوب لظلم الزوج بالامتناع عن الامساك بالمعروف او التسريح بالاحسان
فناب القاضي بالتسريح دفعا للظلم لا يمكن النيابة في الامساك بالمعروف وهنا لم يوجد من الولي الاقرب
ظلم ليدفعه وكيف يتحقق النيابة قال وفسرناها بان يفوت الكفء باستطلاع رايه لا يجد الى تفسير
الغيبة المنقطعة لاصحابنا اقوال يقول زفر ومحمد مكانه لا [illegible] ينقطع اخباره اما اذا عرف مكانه وجاء
خبره فقرابة منتفع به فلا يبطل ولايته واختيار القدوري ان يكون لا يصل القوافل اليه في السنة الا مرة
واحدة لان الخاطب لا ينتظر سنة ولا يعلم انه يجيء ام لا وقد يبطل بعض السنة فلذلك قدر به هذا
وقيل ادنى مدة السفر لانه اقصاه لا غاية له وهو اختيار بعض المتاخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفء
باستطلاع رايه قال صاحب الهداية وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حج وهذا الذي
اخترناه في الكتاب قال وتعتبر الكفاءة في الدين فلا يكون الفاسق كفوا للصالحة وجعله كفوا الا اذا
استخف به اما اعتبار نفس الكفاءة فلقوله عليه السلام الا لا تزوج النساء الا الاولياء ولا تزوجن
الا من الاكفاء ولان النكاح يراد للانتظام مقاصده ولا انتظام الا بين المتكافئين عادة فان الشريفة
ان يكون فراشا للادني فيشترط ليتم المقاصد بخلاف اعتبار الكفاءة من جانبها في حق الزوج لكونه
مستفرشا واما اعتبار الدين والمراد به الديانة والتقوى فلقوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم
وقوله عليه السلام بذات الدين تربت يداك نبه على اعراض النكاح وجعل العمدة على الدين لانه من اجل
الاشياء والصالحة تعير بالفاسق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف هو الصحيح وعن ابي يوسف انه قال اذا كان
ذا مروة لا يسقط به الكفاءة لانه اذا لم يظهر لا يقع به الشين والعار وقال محمد الفسق لا يسقط الكفاءة
لان ما يتعلق بالفسق والديانة من امور الاخرة فلا يتعلق به امور الدنيا الا ان يفحش ويستخف بحيث
يخرج سكرانا مسخرة ويلعب الصبيان لانه يستخف به قال وفي المال يملك المال المهر المعجل والنفقة
ويعتبر ها دونه ملك المهر والنفقة جميعا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من يملكهما او لا يملك احدهما
لا يكون كفوا

ان المهر بدل البضع فلابد من ايفائه واجب وبالنفقة قوام الازواج ودوامه وكان ضروريا وقيد المعجل
منه كما في الهداية اذ هو من الزوايد وعن ابي يوسف ان المعتبر هو النفقة دون المهر لجريان المساهلة في المهر
ويعد قادرا عليه بيسار ابيه قال وبجعله حكيما كفوا للفايقة الغنى الكفاءة في الغنى معتبرة حيث
لا يكون المالك للمهر والنفقة كفوا للفايقة في الغنى عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يكون كفوا لان
المال لا ثبات له يغدو ويروح وانما القدرة على المهر والنفقة لا بد منها لان مصالح النكاح لا ينتظم بفواتهما
فاعتبرا دون الزوائد وجعلهما لعدم الضرورة اليه ولهما ان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر
قال واعتبر فيها الصنايع وعن الامام روايتان وتعتبرها في رواية وتعكس في الاخرى الا ان يفحش
قد اختلفت الرواية في الصنايع المذكور في المنظومة اعتبارها وفي نسخة اخرى عدم الاعتبار والمذكور
هنا ما في الهداية قال فيها وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان
وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحايك والدباغ ونقل الروايات من الزوائد وجه اعتبار
وقوع التفاخر بشرف الصنائع ودنائتها وجه قول الآخر ليست بلازمة لامكان التحول من الدنية الى النفيسة
وذكر في فتاوى القاضي فخر الدين ان في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لا يعتبر الحرفة ويكون البيطار كفوا للعطار
وفي قول محمد واحد الروايتين عن ابي حنيفة صاحب الحرفة الدنية كالبيطار والحجام والحايك والكناس والدباغ لا يكون
كفوا للعطار والبزاز والصيرفي وذكر صاحب المنظومة والمروي عن ابي حنيفة ان الكفاءة في هذه الحرف غير
معتبرة اصلا وعن ابي يوسف انه يعتبر وهذا مما يغفل عما قاله صاحب المنظومة وهو يعد في الكفاءة الحرف
يعني ابا يوسف وفي نسخة اخرى فلا اعتبار فنقلنا الروايتين ولم يتعرض في المتن لما لا يصح منهما وانه مختلف
بين اصحابنا ومثل الاعتبار قال واعتبروا النسب ولم يقتصروا عليه قال مالك الكفاءة المعتبرة هو الدين
لا النسب كما رويناه في اعتبار الدين فانه عليه السلام نبه على المعتبر هو الدين دون النسب ولنا قوله عليه السلام
قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم
اكفاء لبعض رجل برجل وهذا صريح في اعتبار الكفاءة في النسب ولا اعتبار بتفاضل قريش لاطلاق
النص وقد روي عن محمد انه استثنى منهم بيت الخلافة تعظيما لها والمذكور في المنظومة عن مالك انه لا يعتبر
الكفاءة وليس على الخلافة وقال صاحب المعونة من الكفاءة المعتبرة هي بالدين دون النسب وقال فيه وان
رضيت بغير كفو واباه الاولياء لم يكن لها ان تنكح الا برضاهم اذا كان وضعها نفسها في غير كفو يلحق
العار بهم فلزم دفع العار عن انفسهم وهذا هو الصحيح وذكره في المتن وقد اختلف اصحابه في اعتبار الحرية
فقال اذا رضيت بعبد جاز عند ابن القاسم ولم يجز عند المغيرة وهو الصحيح لان الحرية من الكفاءة والعار يدخل

على

على الاولياء وهو وضع مولياتهم تحت عبد وكان لهم منعها عندنا الحرية معتبرة ايضا لان الرق اثر
الكفر وفيه معنى الذل قال ويجعل ذا اب في الاسلام او في الحرية كفوا لذي ابوين ويستوي الابوان
في الاسلام او في الحرية الحاقا للواحد بالاثنين كما هو مذهبه في التعريف وكما ان النسب الا بالاب وتمامه
بالجد فلا يشترط الزائد لان الحاجة مندفعة بهما ولا يقع التعيير بكون ابي الجد ولا برقه لا يعرف
غالبا بخلاف الاب والجد لانهما يعرفان غالبا فيقع التعيير بكفرهما ورقهما وابا جد ايضا يساوي من له
ابوان من له اباء في الشرف والحاق الحرية من الزوائد قال واذا تزوجت بغير كفو جاز للاولياء يفرق
التفريق بينهما حسما يطلبون ذلك من القاضي ليحكم به لما تقدم من ان القضاء شرط الفسخ وحاكم
واحكام النكاح ثابتة وليس الفسخ طلاق لان الطلاق تصرف في النكاح وهذا فسخ في اصل النكاح
ولان الفسخ انما يكون طلاقا اذا صدر من القاضي نيابة عن الزوج وهذا ليس كذلك لان الاثر انه
لا يجب شيء من المهر ان كان قبل الدخول وانما يثبت لهم ولاية طلب التفريق دفعا للعار اللاحق بهم
نقصا بتزويج غير كفو قال ويجيزه لبعضهم ان اختلفوا اذا زوجت المراة بعض اوليائها المتساوين
في الدرجة غير كفو قال ابو حنيفة ومحمد يسقط حق الاعتراض للباقين وقال ابو يوسف لهم الاعتراض فيطلبون
من القاضي الفسخ بطلبهم في وجه الزوج لان هذا الحق ثابت للكل فاذا اسقط احدهم حقه وجب ان لا يسقط
من الباقين دفعا للضرر العار عنهم فصار كالذين لا يكافيهم ولهما ان هذا الحق ثابت للكل على وجه يثبت
لكل واحد على الكمال لتعذر اثباته على الشركة فانه لا يتجزأ لتعذر اجتماعهم فاذا ابطله احدهم الحق
واحد لا يقبل التجزية بطل كالامان والعفو عن القصاص بخلاف ما اذا رضيت هي لان حقها غير حقهم
فان حقها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش وحقهم في دفع العار عن انفسهم فسقوط احد الحقين لا يوجب
سقوط الاخر وروى الحسن عن ابي حنيفة انها اذا تزوجت بغير كفو لم يجز قال الامام شمس الائمة السرخسي وهذا
احوط وليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل وكان الاحوط سد هذا الباب
قال وللولي الاعتراض فاذا نقصت من مهر مثلها ويمنعه الحرة البالغة العاقلة اذا زوجت نفسها من كفو
باقل من مهر مثلها وللاولياء حق الاعتراض حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقال ابو يوسف ليس له الاعتراض
ونصب الخلاف صاحب الهداية بين ابي حنيفة وصاحبيه وجعل قول محمد مع ابي يوسف ترجيحا لما نقل من
رجوعه الى قول ابي حنيفة لانه وضع الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف نظرا الى قول محمد بتوقف النكاح الى اجازة
ولهذا عقبه بمسئلة اخرى في المنظومة بدل عليه له انها تصرفت في خالص حقها بدلالة صحة الابراء عن المهر
بدون رضا الولي ولابي حنيفة انهم يتضررون بالنقصان عن المهر المثل ويعيرون ويتفاخرون بالمغالاة
في ذلك

فيثبت حق الاعتراض دفعا للعار عن نفسهم قال وان الكرها ثم زال فرضيت فله ايضا ومنعه هذه
المسألة مبنية على قول محمد بتوقف النكاح على اجازة الولي فلا يتصور الاعتراض الا اذا اكرها جميعا
على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الاكراه فرضيت وابى الولي فعند ابي حنيفة له حق الاعتراض لما قلنا وعند
ليس له الاعتراض كقول ابي يوسف لكون المهر خالص حقها قال ويجيز تولي طرفي النكاح وليا كان او
وكيلا او وليا ووكيلا او اصيلا ووكيلا او وليا واصيلا احترز بالنكاح عن البيع فانه لا يجوز ان يتولى
طرفي العقد اما الولي من الجانبين كمن زوج ابن ابنه بنت ابن آخر او بنت اخيه ابن اخ له آخر
او امته عبده ونحو ذلك من الوكيل ظاهر واما الوكيل والولي بان يوكله رجل بتزويجه بنته الصغيرة
او وكلته امراة ان يزوجها من ابنه الصغير واما الوكيل والاصيل بان يوكله امراة بان يزوجها
من نفسها واما الولي والاصيل بان يتزوج ابنة عمه الصغيرة من نفسه وصورة ذلك ان يقول اشهدوا
اني زوجت فلانة بنت فلان مني او تزوجت فلانة بنت فلان فلا حاجة الى القبول لانه يتضمن الشطرين
وفي مذهب الشافعي لا يجوز ذلك الا في احد الزوجين وما لكها وللامام الاعظم في احد الوجهين لان العقد
يوجد الايجاب والقبول وهما اللفظين مختلفين والمتصف للايجاب لا يتصف بالقبول لتغايرهما لكون
احدهما ايجابا والاخرى اسقاطا كما في البيع ولنا انه معبر وسفير لان الحقوق لا ترجع اليه فلا تمانع فصلح
سفيرا من الجانبين لان التمانع في الجمع بين موجبي اللفظين حكما او حقوقا وعقد النكاح لا يثبت موجب
لفظة العاقد لكن لمن وقع العقد اجماعا بخلاف البيع لان الحقوق راجعة الى الوكيل كما بيناه في
الوكالة فوقع التمانع بين ان يكون الواحد مطالبا مسلما ومستلما قال واقرار الولي والوكيل
ومولى العبد بالنكاح غير نافذ الا ببينة وسعد الامة قوله اذا اقر ولي الصغير والصغيرة عليهما
بالنكاح او اقر وكيل الزوج والزوجة به لا يسعد عليهم بدون البينة وقالا يسعد بدون البينة وكذا
المولى اذا اقر على عبده دون امته فانه موضع الاجماع حيث يسعد اقراره عليهما لهما ان ولايه الانشاء
قايم سعد الاقرار عليهما كما لمساواة هذا الاقرار الانشاء كالوكيل وكاقرار المولى بالنكاح امته وله انه
لا مساواة بين هذا الاقرار والانشاء لاختصاص ولاية الانشاء بحالة حضور الشهود فلو يعد الاقرار
بدون الشهود لكان اعلى رتبة منه فلا يجوز لان الاصل عدم الولايه وانما يثبت تحصيلا للمصالح المتعلقة
بالنكاح والعاري عن التهمة وفي الاقرار تهمة الكذب فجرينا فيه على الاصل بخلاف البيع لعدم تنفيذه بالشهود
وبخلاف اقرار المولى بالنكاح وامته لان منافع بضعها مملوكة له ظاهرا فاذا اقر بها على غيره وجد
نفاذا عليه ومنافع الموكل والمولى عليه ليست مملوكة للولي والوكيل فافترقا قال ويجيز عقد الفضولي
هن جانب

من جانب موقوفا وجيزه من الجانبين ويصح من الفضوليين اما الفضولي من جانب واحد فكما
زوج رجل امراة بغير امرها رجلا فقبل النكاح او رجلا بغير امره امراة فقبلت فهذا النكاح
ينعقد موقوفا على اجازة الغايب عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد اصلا واما الفضولي
من الجانبين بان يجيب احدهما ويقبل الآخر وهذا ينعقد اجماعا بين اصحابنا وكذا اذا اجرى بين
اصيل وفضولي للشافعي في المسألة الاول انه عدمت القدرة على هذا العقد لعدم الولايه لانها
انما بالاصالة او الوكالة فعقد عدما فلا يصح ولنا ان ركن العقد يصدر عن اهله لانه حق المتعاقدين
مضافا الى محل قابل لحكمه فيتم الانعقاد لعدم الضرر على الغايب من حيث انه غير لازم فتم الانعقاد
صونا لكلام المتعاقدين عن الالغاء وتوقف حكمه على الاجازة دفعا الضرر عنه ولابي يوسف في المسألة
الثانية ان الواحد يقوم مقام شخصين وكلامه ويقوم مقام كلامين الا ترى انه لو كان مأمورا من الجانبين
ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف فصار كالفضولي في الخلع والطلاق على مال والعتق على مال ولهما
انه وجد شطر العقد الا ترى انه في حالة الحضرة يملك الرجوع عنه قبل القبول فلهذا عند الغيبة وشطر
العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كالبيع بخلاف ما لو كان مأمورا من الجانبين او وليا من الجانبين
او مأمورا من جانبه ووليا من جانبه لانه ح لشخصين حكما للولاية والامر ضرورة انتقال كلامه الى الزوجين
والعهدة لا ترجع على العاقد فلا تمانع فجاز قيامه مقامهما فاذا عدمت الولاية والامر الى الحقيقة
والعاقد واحد والكلام واحد فلم يتوقف بخلاف الفضوليين لان العقد قام بهما فتوقف النفاذ على
اجازة الجانبين وبخلاف الخلع والطلاق على مال والعتق على مال لانه من جانب الزوج والعتق يمين
وهو عقد تام ولهذا لا يملك الرجوع عنه قبل القبول فلم يصح القياس **فصل في المهر**
يصح بغير تسمية المهر تسميته ليس من شرط صحة النكاح لان النكاح عقد ازدواج يتم بالزوجين
واما المهر فوجب شرعا قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم علق الحل على الابتغاء بالمال فلا يحل
دونه لانه وجب شرف المحل وابانة خطره ولانه واجبا فكان مالا واذا وجب بالشرع لم
يتوقف على التسمية وسقوطه بالطلاق قبل الدخول لما لم يسم لا يدل على عدم الوجوب لانه
يشبه الفسخ وسقوط العوض عند وجود المسقط لا يدل على عدم الوجوب كيف والسقوط دليل الثبوت
والتنصيف عند التسمية بالطلاق قبل الدخول يثبت بالنص على خلاف القياس قال ولا ينقص
عن عشرة دراهم وقال الشافعي ما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون مهرا لانه انما وجب حقا بالزامه
مستقدر بما وقع عليه تراضيهما كالبيع والاجارة والحجة به ولنا ما تقدم وهو مجمل لحقه البيان بقوله عليه السلام

في رواية جابر وابن عمر رضي الله عنهم لا مهر اقل من عشرة دراهم ولان المهر وجب حقا للشرع لانه في مقابلة عصمة المحل وهو حق الشرع الا ترى انه لا يتبدل الاباحة منها وانما يصير حقا لها في الانتهاء حتى تملك صحة الابراء ولان النكاح لا يكون بدونه وان سكت عنه او نفاه ولهذا كان لها المطالبة بتقديره وهو ينتهي على وجه الاصل وما ثبت حق الشرع قابل للتقدير كالزكوة فوجب مال له خطر في الشرع وهو العشرة اعتبارا بنصاب السرقة ومذهب مالك او لدرهم دينار او ثلثة دراهم لمقال التعليل الا ان اقل ما يقطع عليه في السرقة عنده هذا القدر فيقدر به قال ولو سمى اقل تممناه وتركنا مهر المثل اذا سمى خمسة دراهم فلها عشرة عندنا وقال زفر لها مهر المثل لانه سمى ما لا يصلح مهرا فصار كان لم يسم ولنا انها تركت ما هو حقها وما هو حق الشرع فتملك اسقاط حقها وهو الزوايد على العشرة دون ما هو حق الشرع وهو تمام العشرة كما اذا اسقط احد الشريكين الدين المشترك فانه يصح في نصيبه خاصة فلو طلقها قبل الدخول يجب عندنا خمسة دراهم وعند زفر يجب المتعة كما اذا لم يسم قال ويتاكد بدخوله او موته لان الدخول يتحقق به تسليم المبدل فيتحقق تسليم البدل والموت ينقرر النكاح ويتاكد لانتهائه به قال وان طلق قبل الدخول ينصف لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم قال الا ان يعفون [illegible] للاب او يعفو الزوج فيكمل ومعنى الاستثناء ان المراة اذا وجب لها نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول فلها ان تعفو عنه فيترك طلبه وهل للاب ان يعفو كالمراة وقال مالك له العفو عن نصف وعندنا ليس له ذلك بل العفو الى الزوج على معنى انه يكمل صداقها وهذا راجع الى الاختلاف في تفسير قوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح فعنده الذي بيده هو الاب والتقدير الا ان يعفون او الاب باعتبار انه هو العاقد والولي وعندنا ليس له ذلك لان الاب ليس له اسقاط مهرها لانه خالص حقها فالبحث ساير بينهما والمفسرين قالوا الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج لان عقدة النكاح بيده ان شاء امسكها وان شاء فارقها ومعنى العفو تكميله الصداق لها يؤيده قوله تعالى ولا تنسوا الفضل فانه روي ان سعد بن ابي وقاص عرض جبير بن مطعم بنتا فتزوجها فلما خرج من عنده طلقها وارسل صداقها كاملا فقيل لم تزوجت قال لانه عرضها علي قيل لم اكملت المهر قال فاين الفضل قال ولا متعة لها لانه لما وجب نصفه لها المسمى ولا المسمى بالكلام مع عوضه اليها كما كان استغنت به عن المتعة لانها تجب لدفع وحشة الزواج ووجب نصف الصداق واف به واما صرح ههنا بنفي المتعة لان صاحب المنظومة حكم بوجوب المتعة لها مع نصف الصداق قال وحينا ونصف المسمى يلزمه المتعة ايضا حتما وليس هذا من مذهب الشافعي

في شي

في شيء لان المذكور في الكتب المشهورة المعتبرة لاصحابه بنا ققه قال صاحب الوجيز وكل مطلقة قبل المسيس لا يستحق المهر فيستحق المتعة وهكذا ذكر صاحب الهداية فيها وقال عند الشافعي يجب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة يعني التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها فلذلك اسقطت الخلاف من الكتاب قال وان لم يسم او شرط ان لا مهر يوجب مهر المثل بالعقد لا بالدخول ومذهب الشافعي في المفوضة انه يجب مهر المثل بنفس العقد وهذا الخلاف مبني على الاصل وهو ان المملوك بالعقد مضمون بالمسمى ان سمى بالعقد مالا وان لم يسم كان مضمونا بمهر المثل عندنا وعنده المهر عوض زايد ذكر في العقد كان عوضا وان عقد من غير تسمية لم يجب بالعقد شيء لان نفيه عن العقد لا يفسده ولو كان عوضا حقيقيا لكان مفسدا كالبيع بخلوه عن احد البدلين فلا يجب بدون التسمية فاما بعد العقد فلها ان تطالب بالاخمار في احد قوليه لانها وان رضيت بالاستحلال عقدا فلم ترض به بدلا فكان لها الامتناع عن اثبات اليد عليها حتى يبذل لها المهر ولنا ان الملك لم يشرع الا بالمال قال الله ان تبتغوا باموالكم وهذا الملك مخصوص بالمال بلا دليل لو ثبت الملك بدون المال كان تبرعا واباحة والابضاع لا يجري فيها البذل والاباحة لكونها محترمة وقد تعلق به الشرع فصين عن الابتذال تعظيما او دفعا للفساد فكان ايجاب المال من مراعاة حدود الشرع كالشهود فلا يجوز اخلاء العقد عنه قال وان طلقها قبله اوجبوا المتعة من درع وخمار وملحفة باعتبار حاله اذا تزوج امراة ولم يسم لها مهرا ثم طلقها قبل الدخول بها فان المتعة واجبة لها عندنا وقال مالك لا يجب وانما هي مستحبة لان الله تعالى علق ذلك بالمحسنين فقال وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المحسنين ولو كانت واجبة لما علقت بهم اذ الواجب لا يتفاوت الحال من وجب عليه محسنا كان او غير محسن ولنا قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره والامر للوجوب ثم المتعة على ثلثة اثواب درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عايشة وابن عباس وقوله باعتبار حاله هو الصحيح ذكر صاحب الهداية فان القدوري مال الى مذهب الكرخي في ذلك حيث قال من كسوة مثلها وهو لاعتبار حالها والصحيح انه يعتبر حاله لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقال الشافعي ما جاز ان يكون صداقا جاز ان يكون متعة وقيل ما يراه لا يفيا الحاكم من ثوب او خاتم قال ولا يزاد على نصف مهر المثل لان الله تعالى اوجب في النكاح الذي فرض فيه نصف المهر بالطلاق قبل الدخول لا غير والمسمى اقوى من مهر المثل لان مهر المثل واجب بالعقد والمسمى واجب به وبالتسمية جميعا فلما لم تستحق المراة في الاقوى اكثر من نصف المفروض لم تستحق في الاضعف بالطريق الاولى وانما لم يذكر خلافا لان مذهب الشافعي انه ينبغي

ان يتقدم المتعة من نصف مهر المثل وعندنا لا تتبين الزيادة على نصف مهر المثل ولا اخلاف في الحقيقة
قال وان زوجها بعد العقد يوجبها لا النصف ويحكم به في قول وهو في اخر اذا تزوج امراة ولم يسم
لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها
المتعة عندنا وقال الشافعي وهو قول ابي يوسف الاول يجب نصف المفروض وفي قوله الاخر تجب المتعة
له ان الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف المفروض والمهر مفروض فيجب تنصيفه ولنا ان هذا المهر
انعقد موجبا لمهر المثل فلا ينقلب موجبا لشيء آخر وما سمياه تعيينا لما هو مهر المثل ومهر المثل لا ينصف وكذا
ما يقوم مقامه قال وان زادها بعد العقد لزمته او حطت عنه صح ونصف الزيادة المتصلة بعد القبض
المسمى اسقاطا اذا تزوجها بمهر ثم زاد في المهر شيئا او حطت شيئا من المهر صحت الزيادة وصح الحط اما الزيادة
فلما مر في زيادة الثمن في كتاب البيوع واما الحط فلان المهر حقها في هذه الحالة اعني حالة البقاء فيصح الحط منه
فلو طلقها قبل الدخول وقد كانت قبضت المهر المسمى فلا صح تنصيف هذه الزيادة الحادثة بعد القبض كما
يتنصف المسمى وفي الاسقاط الزيادة وانما يصير الطلاق قبل الدخول ابراء لما سبق من المسائل على ذلك
له ان الزيادة قائمة بالاصل وتابعة له فيتنصف بتنصيفه كالولد قبل الاصل ولهما انه مقتضى
الطلاق قبل الدخول تنصف المسمى في العقد وهذه الزيادة لم تكن مفروضة فيه حقيقة ولا حكما فلم تتنصف
ويتنصف الاصل بدون هذه الزيادة المتصلة به غير ممكن فوجب عليها رد نصف قيمة الاصل يوم
القبض بخلاف ما لو حدثت قبل القبض لالتحاقها بالعقد حكما لان القبض بحكم العقد شبيها بالعقد الا ترى
انه لا يجوز تفريق الصفقة فيه كما لا يجوز في العقد والعيب الحادث قبل التسليم كالحادث وقت العقد
فكانت الزيادة قبل القبض كهي قبل العقد فيكون مفروضة حكما قال ولو امهرها عبدا فقبضته ثم
طلقها فاعتقته قبل رد نصف العبد بحكم او تراض نفذناه او وهبته انفذناه في كله لا في نصفه باعتاق
كل منهما رجل تزوج امراة على هذا العبد وقبضته ثم طلقها قبل الدخول فان اعتقته هي قبل ان ترد
نصفه على الزوج بحكم القاضي او بتراضيهما نفذ اعتاقها في كله عندنا ولو اعتقه الزوج قبل رد النصف
لا ينفذ في شيء منه وقال زفر ينفذ اعتاقها في نصف العبد له ان التنصف يثبت بنفس الطلاق قبل
الدخول ويعود النصف الى ملك الزوج كما لو كان قبل القبض فينفذ في النصف لا عود النصف اليه
بالطلاق لقيام شبهة الفسخ من الاصل فكان العائد اليه قديم ملكه في النصف فصار كالمشترك بينهما
ولنا ان ملكها في نصفه يتأكد بالطلاق قبل الدخول وينفذ في النصف لاستحقاق الزوج عليها رد
نصفه لكن لا يبطل ملكها في شيء منه الا بالرد بالقضاء او بالتراضي لقيام المقتضي للملك الى ان عتقه

الطلاق

لا5

لان فساد الملك لفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت هذا في البيع الفاسد بالقبض فلان
لا يمنع بقاء الملك مع صحة السبب في الابتداء اولى واذا بقي الملك تمكنت من الاعتاق فلا يعود
شيء للزوج لا يتعدى الى ذلك فلو قضي له بالنصف بعدما اعتقته لا ينفذ ذلك الاعتاق لمصادفته
زمان عدم الملك بمنزلة العبد بيع بيعا فاسدا وقبضه المشتري فاعتقه البايع ثم رده المشتري
عليه لا ينفذ اعتاقه قال ولو رهن عندها ما يساوي المهر ثم طلقها قبل الدخول فهلك هلك
بنصفه لا بكله لكان رهن الزوج عند الزوجة ما يساوي قيمته صداقا ثم طلقها قبل الدخول ثم هلك الرهن
فانه هلك بنصف المهر الذي هو حقها عندنا فلا يجب عليها رد شيء وقال زفر رحمه الله هو هالك بكل الصداق
فيجب عليها رد نصفه لان يد الاستيفاء ثابتة عند الهلاك انما يكون في الدين الذي يشتغل به الرهن عند
الهلاك وهنا نصف المهر قد سقط بالطلاق قبل الدخول فبقي الرهن على نصف المهر الذي هو حقها
فتصير مستوفية عند الهلاك ما هو حقها وهو النصف فلا يرجع بشيء بخلاف ما لو تقدم الهلاك على الطلاق لسبق
استيفاء الكل بالهلاك فيجب بالطلاق رد النصف منه قال ولو رهن بمهر المثل ثم طلقها قبله يبطله
وجعلاه رهنا بالمتعة رجل تزوج امراة ولم يسم لها مهرا فوجب لها مهر المثل فرهن الزوج به شيئا وقبضته
ثم طلقها قبل الدخول بها فوجب المتعة قال ابو حنيفة ومحمد يكون رهنا بصداق رهنا بالمتعة وقال ابو يوسف
لا يكون رهنا لان الدين الذي رهن به وهو مهر المثل قد سقط بالطلاق قبل الدخول فبطل الرهن
والمتعة دين وجب الآن ولا يصير ذلك الرهن مشغولا به كالدين الحادث بعد قضاء الدين السابق
ولهما ان المتعة في هذا العقد بمنزلة نصف الصداق في المفروض والرهن بالمسمى يكون رهنا بنصفه اذا
طلقها قبل الدخول فكذا ما ناب منابه فيكون الرهن بمهر المثل رهنا بما يقوم مقام نصفه كالرهن بالمسلم فيه
يكون رهنا براس مال السلم لو تفسخ السلم وكالرهن بالمغصوب القائم يكون رهنا بقيمته لو هلك في
يد الغاصب قال ولو امهرها الفا فقبضته ثم وهبته النصف ثم طلقها قبل الدخول يرجع بنصف
الالف ولو امهرها الفا وسلم اليها نصفها ثم وهبت منه نصف الباقي في ذمته ثم طلقها قبله فرجوعه
بنصف ما قبضت بالطرد رجل تزوج امراة على الف فقبضت الالف ثم وهبته خمسمائة ثم طلقها قبل الدخول
قال ابو حنيفة رحمه الله لا يرجع عليها بشيء وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت لان هبة البعض حط فيلتحق
باصل العقد فكان العقد ورد على خمسمائة فيتنصف بالطلاق قبل الدخول وله ان مقصود الزوج حصل بسلامة
النصف له بغير عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط وان صح الحقه بمنزلة الابراء لا يلتحق
باصل العقد لانها لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وهذا بخلاف البيع فان الزيادة والحط فيه يلتحقان

باصل العقد لان عقد البيع اثبات الملك بمحل الفسخ بالاقالة فكانها فسخا العقد الاول وجدد العقد
بعد بالاقالة الاكثر اما النكاح فمن باب الاسقاط فلا تعمل الفسخ بالاقالة فلا يلحق باصل العقد نعم في
المتعارفة مذكورة في الطلاق وهي هذا المواضع التي قال ولو كان دينا فوهبته قبل القبض او عينا فوهبته
منه مطلقا فمراده من الرجوع بالنصف رجل تزوج امراة على الف درهم او دينارا فوهبتها منه قبل قبضها
او تزوجها على عرض وقال زفر وهو القياس يرجع عليها بالنصف فيمة ذلك الحيوان او العرض ان كان تزوجها
عليها او مثل نصف الدراهم او الدنانير لانه لم يسلم المهر له بالابراء فلا يبرأ مما يستحقه بالطلاق قبل الدخول
وهذا لان الاستحقاق بعقد حبس المراة وهي بالابراء قابضة حكما لانه تصرف في الدين بالاتلاف فصار
كما اذا اشترى عبدا فاعتقه قبل القبض فان الاتلاف الشرعي كالحسي وكان الابراء مستلزما للقبض الحقيقي
ثم اختلاف الاسباب فنزل منزلة اختلاف الاعيان الا ترى ان المتصدق عليه لا يجوز له اباحة عين الصداق
للغني وله تمليكه منه ولنا انه حصل المقصود وهو براءة ذمته عن نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول
فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المطلوب لان السبب لا يراد لعينه وانما يراد لمقصوده فاذا
حصل فلا عبرة باختلاف السبب ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى عبدا بالف ثم حط البائع عن
الثمن ثم ظهر به عيبا ينقصه عشر الثمن حيث يرجع بنقصان العيب فانه كان قد حصل بالحط لان موجب الرد
بالعيب سقوط بعض الثمن وهذا لا يصلح بالحط لانه خرج من ان يكون ثمنا اذ انعقد العقد على ما رواه هذا
ايضا اليق بهذا الموضع من الطلاق قال ولو سمى خمرا او خنزيرا صح النكاح ووجب مهر المثل اما صحة
النكاح فلان اشتراط قبول الخمر والخنزير في العقد شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط فان النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الشرط الفاسد فيه يتضمن معنى الربوا لان الثمن بجميع اجزائه
متابل بجميع اجزاء المبيع بخلاف الشرط عن العوض والنكاح في المعنى الخاص اسقاط حرمة البضع في حق الزوج
وانما هو ملك ضروري ثبت شرعا لشرعية الطلاق والاسقاطات لا يبطل بالشروط واما وجوب
مهر المثل فلبطلان التسمية لان المسمى ليس بمال في حق المسلم ووجب مهر المثل لما مر ان العقد لا يجوز
اخلاؤه عن المال لان المستباح به مضمون بالمال قال او هذا العبد او الحر فكان حرا او خمرا فلها مهر المثل
ويحكم بصحة الحر لو كان عبدا ومثل الخمر خلا ووافق الاول في الاولى والثاني في الثانية رجل تزوج امراة
على هذا العبد وكان حرا او على هذا الحر فكان خمرا قال ابو حنيفة يجب مهر المثل في المسالة الاولى والمثل
في المسالة الثانية اما ابا يوسف فانه يقول اطمعها فيما هو مال وقد عجز عن تسليمه فيجب القيمة فيما لا مثل له
والمثل فيما له مثل كما لو تزوجها على عبد فهلك قبل التسليم وابو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة والتسمية وكان

اعتبار الاشارة اولى
لكونها

لكونها ابلغ في التعريف وكانه تزوجها على حر او خمر فيجب مهر المثل وانما كانت الاشارة ابلغ
لان التعريف مبني على قطع المشاركة فيهما لكن القطع ابلغ لان التعريف اتم وابلغ ضرورة وبالاشارة
يقطع شركة غير المسمى اذ الكل من خلاف جنسه ولا يقطع الموافق في الجنس فكانت الاشارة
ابلغ ومحمد يقول الاصل ان المسمى ان كان من جنس المشار اليه تعلق العقد بالمشار اليه لان
المسمى موجود في المشار اليه بالذات وان خالفه في الوصف فالوصف تابع للذات فاعتبار
الذات اولى فامكن الجمع وان كان المسمى من خلاف جنس المشار اليه تعلق العقد بالمسمى لعدم امكان
الجمع لان المسمى مثل وليس بتابع واذا تعذر الجمع وجب الترجيح والتسمية اولى لانها ابلغ في التعريف
من حيث ان التسمية تعرف الماهية والمعنى والاشارة تعرف الصورة والعين دون المعنى والمقصود
من الاشياء معانيها فكان ما هو ادل على المقصود اولى بالاعتبار الا ترى ان من اشترى فصا على انه
ياقوت فكان زجاجا لا ينعقد البيع لاختلاف الجنس فعلى هذا العبد والحر جنس واحد لقلة التفاوت
في المنافع فوجب مهر المثل اعتبارا للاشارة والخمر والخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فوجب المهر
رعاية للتسمية قال او على هذين العبدين وكان احدهما حرا فلها العبد لو المهر ان ساوى عشرة دراهم
يوجب معه قيمة الحر عبدا وحكم بالعبد فان نقص عن مهر المثل ثم رجل تزوج امراة على هذين العبدين
فاذا احدهما حر قال ابو حنيفة العبد الباقي هو المهر وليس لها غيره الا ان ينقص قيمته عن عشرة دراهم
فلها تمام العشرة وهذا الشرط من الزوائد قال ابو يوسف يجب العبد وقيمة الحر لو كان عبدا
وقال محمد يجب العبد ان ساوى مهر المثل فان نقص عن مهر المثل فلها العبد وتمام مهر المثل ولابي يوسف
انه اطمعها في مال وعجز عن تسليمه فوجبت قيمته ولابي حنيفة ان العقد تعلق بالاشارة كانه قال
تزوجتك على هذا الحر وعلى هذا العبد فيجب العبد ووجب المسمى ان قبل منع المصير الى مهر المثل
قال او على الخمر او الميتة فكان خلا او ذكية فلها مهر المثل في رواية والمشار اليه في الاصح كما يبتنى به
بالمذكاة روى محمد عن ابي يوسف ان الواجب فيهما مهر المثل لكونه صدق عن تسمية ما ليس بمال فكان كالسكوت
عن تسمية الحر فيجب مهر المثل وروى الكرخي عنه ان المشار اليه فيهما هو المهر بناء على مذهبه في ان الاشارة
والتسمية اذا اجتمعا قدمت الاشارة وهي الرواية الصحيحة لانها توافق قياس مذهبه وهذا القيد
من الزوائد واما ابو يوسف وان خالف اصله في هذا الا انه يقول اذا اجتمعت الاشارة والتسمية رجح
منهما ما يترتب عليه الصحة لان الفاسد لا يعارض الصحيح فكيف يترجح عليه ومحمد يقول يجب الركية
المشار اليها لان المسمى من جنس المشار اليه لعدم التفاوت بينهما الا في الحل والحرمة ووجب مهر المثل في الحر
لفحش التفاوت بين الحر والخل

فكانا جنسين فاعتبرت التسمية وقد فسدت فوجب مهر المثل قال او على هذا الثياب الهروية
فاذا هي مروية اي المهر وكلهما فان نقصت على المهر ثم رجل تزوج امراة على هذا الثياب الهروية
فكانت مروية قال ابو حنيفة لا شيء لها غير الثياب المروية قال ابو يوسف ومحمد لها هذه الثياب
المروية ان زادت على مهر المثل او ساوته وان نقصت عنه فعليه التتمة وتمام مهر المثل اذا رضيها
في التسمية لظهور المسمى اقل منه مهر المثل الا انها تراضيا على هذه الثياب كل المهر او بعضه فيجب على
الزوج ان يتم لها ما يبلغ مع قيمة هذه الاثواب مهر المثل ولابي حنيفة اذا اجتمعت الاشارة والتسمية
فالاشارة اولى لاعتبار لما قررناه من وجوب المسمى يمنع ايجاب مهر المثل قال او على ثوب موصوف
في الذمة فان اتى بقيمته اجبرناها على القبول ويحكم له ان اجل وعدم الاجل مروية وهو رجل تزوج امراة
على ثوب لم يصفه اي جا بالقيمة او بعينه اجبرت على القبول كالعبد المطلق لان الثوب اذا لم يكن موصوفا
لم يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا وصحة هذه التسمية باعتبار المالية والعين والقيمة في المالية سواء وان وصف
الثوب واتاها بالقيمة اجبرت على القبول عندنا وقال زفر لا يجبر كما لو تزوجها على ثوب بعينه ثم اتى بالقيمة
فانها لا تجبر ذكره شمس الائمة لمحمد عن ابي يوسف اذا ذكر الاجل اجبرت على القبول لان الثوب لا يكون
دينا في الذمة الا موجلا الا ترى ان الثياب تمنع استقراضا ويصح السلم فيها الوجب كفرض حالا
والسلم موجلا وزفر يقول الثوب بالوصف يثبت في الذمة ولهذا صح السلم فيه والاجل في السلم لا من حيث
ثبوته دينا في الذمة فاستوى ذكر الاجل فيها وعدمه ولابي يوسف ان يجيب بانه لو باع عبدا بثياب موصوفة
في الذمة لم يجز الا موجلا فان لم يكن سلما فكان الاجل شرطا ولنا انه وان ثبت في الذمة دون الحيوان
الا انها مستحقة بدلا عما ليس بمال والحيوان يثبت في الذمة بدلا عما ليس بمال وانه يجب في الذمة ثابتة
من الابل في الحيوان على عبد وامة فاذا جاز فيه جاز في الثوب لانه يلزمه ابتداء والجهالة لا تمنع صحة
الالتزام فانه يصار فيه الى الوسط لا عند الاطلاق لانه اعدل عند الاطلاق ثم لما اجبرت على قيمة الحيوان
المهمور لكون الحيوان ثابتا في الذمة بدلا عما ليس بمال يجبر على قيمة الثوب الموصوف قياسا عليه ووجه
الرواية الصحيحة ان الثوب يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا مستقرا في السلم بخلاف الحيوان لانه لا يجب في الذمة
بالسلم فلا يستقر وجوبه وهذه الرواية قول ابي يوسف والتنصيص على الصحة من الزوائد قال او على عبد او ثوب
مبهم صحة التسمية عندنا والواجب هو الوسط منه او قيمة الوسط فانها احضر يجبر على القبول وقال الشافعي
لا يصح التسمية والواجب مهر المثل لان النكاح معاوضة يجعل الحيوان فيه كجعله في البيع المقصود بالمسمى معرفة
مالية ويجوز ذكر الحيوان مبهما غير موصوف لا يعرف المالية فلا يصح المعاوضة ولنا ان المراة مستحقة عوضا

عما

عما ليس بمال وكذلك يثبت شرطا والجهالة غير مانعة كما في الاقرار والجامع التزام المال ابتداء وباعلام الجنس
يعلم الوسط فيندفع الجهالة لان الوسط ذو حظ من جانب الجيد والردي من الجنس وفيه وجه آخر وهو انه يشبه
الاقرار من حيث انه ليس في مقابلة مال فكان التزاما للمال ابتداء ويشبه البيع من حيث ان في مقابلته عوضا
وهو عقد يتحمل فيه الجهالة اليسيرة والفاحشة والبيع لا تتحمل فيه الجهالة اليسيرة دون الفاحشة عملا بالشبهين
بخلاف ما لم يذكر الجنس لانه لا يتبين الوسط لاختلاف معاني الاجناس قال وقد ذكر صاحب المنظومة ههنا
مسئلة وهي انه اذا تزوجها على خادم سوداء قالوا اجيد [illegible] دينارا او قيمتها عند ابي حنيفة وفي البيضاء
خمسون دينارا او قيمتها وقالا يجب الوسط او قيمة الوسط يختلف ذلك بالرخص والغلاء وتركناه من
الكتاب لان الصحيح ان الاختلاف ليس في الحكم انما هو اختلاف العصر في الحكم انما هو اختلاف ليس في
الحكم انما هو في اختلاف زمان فقد كان الوسط يقوم في زمن ابي حنيفة بما عينه ونقض [illegible] باعتبار الزمان
لا باعتبار لما ذكر العين واجب ديانا والصحيح ان الوسط او قيمته هو الواجب مطلقا معتبرا ذلك بالرخص
والغلاء في الازمنة لانه هو الاعدل وكانت هذه المسئلة مندرجة فيما قلنا فلم يحتج الى ذكرها قال
او ثوب وجب مهر المثل لان ذكر جنس يحوي بلوذ ذكر جنسه فقال هو ولي صحة التسمية وحق الزوج
لما بينا قال وعلى عبد فاكتسب اكسابا قبل القبض مطلقها قبل الدخول فالاكساب لها ونصفها
مع العبد اذا تزوج امراة على عبد معين فاكتسب ذلك العبد اكسابا قبل القبض بان قال هذا العبد
نصف الاكساب ايضا لانها نماء الاصل فانها تملك بملكه فيتنصف بتنصيفه كالولد الحادث قبل القبض
من الجارية الممهورة وله انها حادثة على ملكها فتخلص لها لانها ليست بمهر حقيقة لعدم العقد عليها ولا
حكما لانها ليست بجزء من المعقود عليه فلا يتنصف بتنصيفه كالاكساب الحادثة بعد القبض بخلاف الولد لانه
جزء فكان من المهر حكما قال او على دار على ان يدفع اليه الفا فما اصاب منها مهر المثل كان مهرا وما لا الف
كان مبيعا والشفعة لا تثبت فيها رجل تزوج امراة على دار على ان يدفع اليه الفا يرده المراة اليه
الف درهم قسمت الدار على مهر مثلها وعلى الالف فما اصاب مهر مثلها كانت مهرا وما اصاب
الالف كان مبيعا حتى لو كان مهر مثلها مساويا للالف قسمت الدار نصفين نصف مهر ونصف مبيع فان كان
مهر مثلها [illegible] فقسمها على البيع والنكاح فاعتبر كل منهما وله ان الموجود منهما اما ان كان عقدين
او دخل احدهما في الاخرى او بيع مشروط بنكاح او نكاح مشروط ببيع لا سبيل الى الاول للنهي عن صفقة في
صفقة ولا الى الثاني لفساد البيع فيتعين الثالث والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا يثبت الشفعة
فيه لان البدل ليس بمال ولا فيما هو شرط فيه لانه تابع وهو في باب الشافعي مثله وهو انه اذا جعل الدار

مهرا يثبت فيها الشفعة عنده وعندنا لا يثبت وقد ذكرناه في الشفعة قال او على الف ان اقام بها
والفين ان اخرجها فالاول هو الصحيح واذا اجاز رجل تزوج امراة على الف ان اخرجها من البلد
وعلى الفين ان اقام بها فاول الشرطين صحيح دون الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جائزان حتى اذا
وفى بالاول يجب ما قابله وان وجد الثاني فلها مهر المثل عنده وعندهما المسمى وهذا الاختلاف فرع اختلافهم
في الاجارات ان خطته فارسية فبدرهم وان خطته رومية فبدرهمين فانها عقد ان ذكر لكل منهما بدلا على حدة فوجب
ان يثبت على التخيير لهما ان الشرط الاول لا تعارض فيه ولا خطر فانه لو اقتصر عليه والشرط الثاني فيه
تعليق وخطر فمنع الاول دون الثاني والفرق بين المختلف والمقيس عليها في الاجارة او نحناه قال او على اقل من مهر المثل
على ان يطلق ضرتها فان وفى والا امرها بتكميله رجل تزوج امراة على الف درهم ومهر مثلها الفان على ان
يطلق امراته الاخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى فان مضت ايام ولم يطلقها وجب ان يكمل لها مهر مثلها عندنا
وقال زفر لا شيء عليها غير المسمى لان طلاق الضرة لا يصلح مهرا فكان شرطا فاسدا فلا يسقط به النكاح والتسمية ونمنع
المعيد الى مهر المثل لنا انها لم ترض بما دون مهر مثلها الا بشرط مرغوب فيه وهو خلوصها من الزوائد والقسم لها فاذا لم
يحصل فات رضاها فيجب تمامه قال او على الف او الفين او هذا العبد او ذاك فالمهر ما شابه مهر المثل حتى الخلاف
وقالا هو الاول رجل تزوج امراة على الف درهم او الفين او هذا العبد او ذاك بحكم المثل قال ابو حنيفة الواجب ما شابه
مهر المثل حتى اذا كان مهر مثلها مثل الاعلى او فوقه فلها الاعلى الا ان يرضى بتسليم الاعلى وان كان بينهما فالواجب
مهر المثل قال الادنى هو المعدول لكون الخيار دفع الاعلى اليها لان الاقل متيقن به وهو المسمى فيمتنع المصير الى
مهر المثل لهذا ولو طلقها قبل الدخول تجب نصف الاقل وله انه ادخل حرف الشك ولانه لاحد الشيئين فلا يمكن
ايجابه لجهالته لعدم القدرة على التسليم فتفسدت التسمية فوجب مهر المثل ولا ايجاد على الاكثر لعدم الرضا ولا
ينقص عن الاقل لرضاه قال او على تعليم القرآن وخدمتها سنة وهو حر لا يوجبها بل مهر المثل وحكم بقيمتها
حر تزوج امراة على ان يخدمها سنة او على تعليم القرآن لم يصح التسمية وقال الشافعي صحت ووجب لها عليه
الخدمة سنة والتعليم بناء على ان كل ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط كالاجارة صلح مهرا لتحقق المعارضة
بذلك وصار كما لو تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي غنمها او تزوجها عبد باذن مولاه على خدمتها سنة
ثم اختلف اصحابنا فقال محمد يجب عليه قيمة الخدمة سنة لانه سمى لها متقوما الا ترى ان المنافع يتقوم
في المعقود حكما الا انه عجز عن تسليمه شرعا لما في ايجاب عين الخدمة من قلب موضوع الزوجية فان الزوج
مالك لها وقوام عليها فان استذلاله بالخدمة نقض لذلك فوجبت القيمة لقيامها مقامها كما لو تزوجها
على عبد الغير لعدم صحة التسمية وقال ابو حنيفة وابو يوسف في رواية الواجب مهر المثل بناء على ان المهر

يجب

يجب ان يكون مالا او التعليم ليس بمال وكذا المنافع عندنا لانها اعراض والمال جوهر فلم تكن
متقومة حقيقة الا ان الشرع جعلها حكم المتقوم بالعقد عند الحاجة الى الانتفاع واستحقاق
التسليم فاذا امتنع من ذلك عادت الى الحقيقة وعند فساده يصار الى مهر المثل كما لو تزوجها على
خمر بخلاف عبد الغير لانه مال متقوم في ذاته فقامت القيمة عند العجز عن تسليمه مقامه ولهذا
لا قيمة للخدمة اصلا وبخلاف قيمة حر آخر برضاه لعدم الحلة المانعة من الخدمة فيه فيجب لها
خدمته ويرجع هو على الزوج بالقيمة وبخلاف بالقيمة رعي الغنم فانه عرف مهرا بالنص ولانه لا حرفيه
يعود على موضعه بالنقض اذ الذي فيه الاستخدام لا في رعاية الزوج مصالح الزوجية على انه ممنوع
من ذلك في رواية بخلاف العبد لانه يخدم المولى في خدمتها باذنه معنى قال ولو اعتقها على ان يتزوجها
بجعله صداقها فابت فلها مهر المثل رجل اعتق امته على ان يتزوجها فقبلت فعتقت فتزوجها ولم يسم مهرا
فلها مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عتقها صداقها لا غير لانها لو ابت نكاحه وجب عليها قيمة
نفسها فاذا تزوجت سلم لها قيمتها وكان بدلا عن نفسها ولهما انه جعل رقبتها مهرا لها لانه لا يمكن له
ان جعل قبل العتق لانها امته وليس له تزوجها او بعده لكونه رقبتها مهرا لها بدون امكانه تزوجها وان
جعل مهرا وقت بعد العتق فهي حرة ورقبة الحرة لا تصلح مهرا وانما وجب عليها القيمة عند الاباء لفوات
الشرط المرغوب فيه للمالك ومقتضاه نقض العتق حقيقة لكنه غير ممكن فينتقض معنى بالزام القيمة لقيامها
مقام العين عند وجوب التسليم وتعذره وهنا وفت بالشرط العتق والنكاح لم يشرع الا بالمال
فوجب مهر المثل قال ولو ابت الزمناها بقيمتها اذا اعتقها على ان يتزوجها فقبلت فعتقت ثم ابت
ان يتزوجه فعليها ان تسعى في قيمة نفسها للمولى وهي حالة السعاية حرة بالاجماع وقال زفر لا سعاية
عليها لان المولى ما اعتقها لتحصيل مال ولا هي قبلت لالتزام المال لان النكاح ليس بمال فايجاب
المال عليها ايجاب ما لم يلتزمه هي ولم يشترط هو فلا حاجة وجه له ولنا انه لم يرض باخراجها عن ملكه الا
لتحصيل وصف مرغوب فيه فاذا فات وجب نقض العتق لكن تعذر بعد وقوعه فانتقاضه
حقيقة فوجب نقضه معنى بايجاب السعاية تداركا لما فات بقدر الامكان وهذه من الزوائد
قال ولو ضمن الاب المهر على ابنه الصغير ثم مات واخذته من تركته اخذ الباقون الرجوع في نصيبه
رجل تزوج ابنه الصغير امراة وضمن لها عنه الصداق ثم مات الاب فاخذت المراة الصداق
من التركة فان الورثة يرجعون باداء اليها في نصيب الابن وقال زفر لا يرجعون كما لا يرجعون
الاب لو ادى بنفسه ولم يشهد على ان الدفع للرجوع ولنا ان هذه كفالة بعض بامر الاصيل حكما لثبوت
الولاية

ليستحق الرجوع عند الاداء بنفسه او بمن يقوم مقامه والورثة قايمون مقامه في الاداء فيرجعون
في مال الصبي بخلاف ما اذا ضمن عليه لاحتمال انه اداه تبرعا جريا بالعادة فلا يرجع بالشك بخلاف ما لو شهد
فان دلالة العادة بطلت بالتصريح بالرجوع قال ولم يجبوه عليه لفقر ولده الصغير وقال مالك يجب عليه
لانه ضامن له بطريق الدلالة فان قبوله المهر عنه ولا مال له دليل ضمانه وعندنا لا يجب عليه شيء لان المهر
انما يجب بمال يثبت له الملك فلا يطالب به الا الزوج او من يكفل عنه والاب ليس بزوج ولا كفيل صريحا
وما وجد منه الا قبول العقد لان جعل الشرع قبوله كقبوله وهو دليل اداء المهر من مال الصبي اذا حصل له
مال قبل البلوغ او يؤديه بنفسه بعد البلوغ ولا يدل على التزام الاب بنفسه قال ولو ضمن الولي صح
وتخير في المطالبة اذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله وصح والمرأة بالخيار
ان شاءت طالبت زوجها وان شاءت وليها اعتبارا بساير الكفالات قال ويعتبر مهر السر وهما العلانية
رجل تزوج امرأة بحضرة شاهدين سرا على الف درهم ثم تزوجها علانية على الفين فان كان اشهد على
ذلك للسمعة لزمه مهر المثل اجماعا وان لم يشهد فعند ابي حنيفة ومحمد الفان وقال ابو يوسف المهر الف لانه
ملك بضعها بالف فلا يتصور تملكه بمال آخر بعده ولهما ان الصداق حصل في ضمن العقد الثاني وهو حجة
عليها فيعمل به قال بعض اصحابنا وقد اتضح بهذا الخلاف ان الصحيح عدم وجوب المالين فيما اذا تزوجها بالف
الا ما روي عن الامام من وجوب المالين فان هذا الاختلاف دال على انعقاد الاجماع ان المالين لا يجبان فان ابا
يوسف يقول يوجب مهر العقد السر لا غير وهما مهر الجهر لا غير فكانهم صرحوا بعدم وجوب المالين
قال ولو ابان مدخولا بها ثم تزوجها في العدة ثم ابانها قبل الدخول حكم بنصف المهر واتمام العدة الاولى
وهما بكماله واستينافها رجل طلق امرأته طلاقا باينا ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول بها فليس
لها الا نصف المفروض وتمام تلك العدة لانها من موجبات الطلاق الاول بحكم قيام النكاح البائن
كان مانعا من ظهوره فاذا زال ظهر ولهما ان النكاح مقبوضة في يده بالوطء مع بقاء اثر القبض
وهو العدة فناب مناب القبض المستحق بالنكاح الثاني كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده
فانه ينوب عن القبض المستحق كالمبيع واذا ناب منابه وجعل واطئا حكما فكان طلاقا بعد الوطء وموجبه
ما ذكرنا قال ولو زال عذرتها بدفع وطلقها قبله فعليه نصفه وانتفى بكله اذا دفع منكوحة البكر قبل الدخول
بها فازال عذرتها ثم طلقها قبل الدخول بها قال ابو حنيفة يجب عليه نصف المهر وقال محمد المهر كله لان ذلك
عنده بمنزلة الوطء وله انه طلقها قبل الدخول والخلوة فوجب نصف المفروض بالنص وقول ابي يوسف كقول
محمد في رواية محمد وكقول الامام في رواية الحسن قال ولو نكح ثلثا في عقد فدخل بواحدة وطلق احديهن
ثلثا والاخرى واحدة

وماتت

وماتت مجهولة قضي للمدخول بها المهر وحكم للثنتين بمهر وربع بينهما الا عند محمد وثلث وفي رواية رجل تزوج
ثلث نسوة في عقدة احدة ودخل بواحدة منهن لا بعينها ثم طلق احديهن ثلثا وطلق الاخرى واحدة وماتت
قبل البيان فللمدخول بها مهر كامل بالاجماع وللثنتين الباقيتين لم يدخل بهما مهر وربع عند ابي حنيفة يقسم بينهما نصفين
وعند محمد في رواية كتاب النكاح لهما مهر وثلث بينهما وفي رواية الزيادات كقول ابي يوسف وجه قول
محمد ان كمال المهر بسبب الدخول حكم مختص بالمدخول بها لكون الحكم باقيا العلة والعلة مختصة بها فلا يؤثر في
غيرها زيادة ولا انتقاصا فصارت في حق غيرها كغير المدخول بها فكانه مات عن ثلث غير مدخول بهن
وقد طلق ثنتين فيسقط مهر بالطلاق قبل الدخول وبقي لها مهران فيقسم بينهن ونصيب كل واحدة منهن
ثلثا مهر الا ان مهر المدخول بها تم بالدخول فبقي في غيرها على حاله وهو مهر وثلث ولابي يوسف ان احد الطلاقين
واقع على احديهما بكل حال والآخر يقع في حال ولا يقع في حال فان وقع سقط نصف مهر آخر بالطلاق قبل
الدخول وان لم يقع يكمل مهرها بالموت فوقع الشك في النصف الزايد وهو ربع الكل فسقط من مهر من
حرة نصف مهر وهو ربع مهر فبقي لهما مهر وربع بينهما نصفين او واحدة وثنتين وثلثا في عقد وماتت
مجهولا قبل الدخول قسمت التركة اربعة وعشرين فيأخذ الواحدة سبعة والباقي مقسوم على الفريقين
نصفين وقالا للثنتين ثمانية وللثلث تسعة رجل تزوج امرأة في عقد وامرأتين في عقدة اخرى وثلث نسوة
في عقدة اخرى ولا يدري كيف تزوجهن ولم يدخل بواحدة منهن ومات قبل البيان فتركة النساء مقسومة
على اربعة وعشرين سهما للواحدة سبعة اسهم بالاجماع لان نكاحها صحيح سواء تقدم او تخلل او تاخر ونكاح احد
الفريقين وهو المتقدم منهما فان تقدمت الثنتان كان للواحدة الثلث وان تقدمت الثلث كان لها
الربع فيثبت الربع لانه متيقن به والزايد مشكوك فيه فيتنصف فضربنا مخرج الثلث في مخرج الربع ثلثة
في اربعة فحصل اثنا عشر فكان لها الثلث اربعة مع الثنتين والربع ثلثة مع الثلثة فوقع الشك في سهم
فيتنصف فضربنا مخرج الثلث في مخرج الربع ثلثة في اربعة فحصل اثنا عشر فكان لها الثلث اربعة مع الثنتين
والربع ثلثة مع الثلثة فوقع الشك في سهم فيتنصف فضربنا اثني عشر في مخرج النصف اثنين فكان اربعة
وعشرين وللواحدة ثمانية مع ثنتين وستة مع الثلث فوقع الشك في سهمين فينتصفا فثبت لها سبعة
والباقي عند ابي حنيفة وهو سبعة عشر بين الفريقين نصفان فانكسر الحساب فضربنا اربعة وعشرين
في اثنين فحصل ثمانية واربعين للواحدة اربعة عشر ولكل من الفريقين سبعة عشر ولا يستقيم على الفريقين
ولا موافقة بين الثنتين والثلث فضربنا الثلث في الثنتين فكانت ستة فضربناها في ثمانية واربعين
فحصل مائتان وثمانية وثمانون للواحدة اربعة وثمانون ولكل من الفريقين مائة واثنان ولكل من
الثنتين احد وخمسون

ولكل من الثلث اربعة وبالثلث والحجة في ذلك استوا الفريقين في الاستحقاق لان كل واحد منهما يستحق
في حال دون حال فاقتسما الباقي نصفين كما لم يكن معهما واحدة وقال ابو يوسف ومحمد للثلث ثمانية
اسهم من اربعة وعشرين لكل منها اربعة وللثلث تسعة لكل واحدة ثلثة وللواحدة سبعة والحاصل ان محمد
والتخريج مختلف فابو يوسف يعتبر المنازعة فيقول الثنتان لا ينازعان في السهم السابع عشر لان حقهما
في ستة عشر فسلم ذلك السهم للثلث لانهن تنازعن فيه حيث يطلبن ثلثة ارباع ميراث النساء
ثمانية عشر فبقي ستة عشر وقد استوت منازعة الفريقين فيها فيقسم بينهما فحصل للثلث تسعة لكل
واحدة ثلثة وللثنتين ثمانية لكل منها اربعة وللواحدة سبعة ومحمد يعتبر الاحوال فيقول للثنتين
ستة عشر ان تقدم نكاحهما ولا شئ لهما ان تاخر فصار لهما ثمانية واما الثلث فلهن ثمانية عشر
ان تقدم نكاحهن على الثنتين ولا شئ لهن ان تاخر فصار لهن تسعة قال او امراة وابنتها في عقد ومات
مجهلا قبل الدخول فللام نصف المهر والميراث وللبنتين النصف وقسما بينهما ان لم يعلم احد تزوج
امراة وابنتيها في عقد متفرقة فلا يدري الاول منهن ومات مجهلا قبل الدخول فميراث النساء
نصفه للام ونصفه للبنتين لكل منهما ربعه ووجب مهر واحد للام نصفه وللبنتين نصفه يقسم بينهما وقالا
المهر والميراث يقسم عليهن اثلاثا لان لكل واحدة منهن يستحق في حال ولا يستحق في حالين كما لو تزوج
امراة وامها وابنتها ولا يدري اولا منهن وله اعتبار الاحوال انما يكون في موضع الشك دون اليقين وههنا
تيقنا بطلان احد البنتين لان الام ان تقدم بطل نكاح البنتين واحدى البنتين ان تقدم نكاحها كان
لها المهر كله والارث وان لم يتقدم فلا شئ لها فكان لها النصف واحدى البنتين ان تقدم كان لها المهر
والارث كاملين وان لم يتقدم لم يكن لها شئ فكان لها النصف لكنها غير متعينة فلم يدري الاولى من الاخرى
فانقسم ما كان لاحدهما بينهما قال و يوجب بالخلوة الصحيحة بان يرتفع الموانع كمرض مانع وحيض واحرام
بحج وعمرة وصوم رمضان انما وجب كمال المهر بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح عند مذهبنا وقال الشافعي
لا يجب كمال المهر الا بالدخول لقوله تع وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة
فنصف ما فرضتم ولان المعقود عليه لا يصير مستوفيا الا بالوطي فلا يتاكد المهر بدونه ولنا قوله تع
وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض واخذنا منكم عن استرداد شئ من الصداق بعد الخلوة لان
الافضاء عبارة عنه ومنه الفضاء للمكان الخالي وافضيت اليه المخلوق به وذكر به لما روى محمد بن
عبد الرحمن بن ثوبان عنه عليه السلام قال من كشف خمار امراة ونظر اليها فقد وجب الصداق دخل بها
او لم يدخل ولما روى زرارة بن اوفى ان الخلفاء الراشدين قضوا ان من ارخى سترا او اغلق بابا

ولها الصداق

ولها الصداق كاملا وعليها العدة ولانه عقد على المنافع فيستقر بالتخلية كالاجارة ولانها سلمت
المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتاكد حقها في البدل كالبيع وليس الوطء من المتن
حقيقة اجماعا حتى لو مس غير خلوة ثم طلقها يجب نصف المهر فكان مجازا عن الوطي اطلاقا لاسم
على المسبب عنه ونحن نحمل المس على الخلوة الصحيحة من باب اطلاق المسبب الذي هو المس
على السبب الذي هو الخلوة ضرورة ان الخلوة الصحيحة سبب للمس ظاهرا وهذا المجاز لان المجوز
للاطلاق ليس الا الملازمة لزوم السبب للمسبب اقوى فان المسبب لا يوجد بدون السبب وقد
يتخلف المسبب عن سببه كالملك في البيع بشرط الخيار فالسبب لازم دائما والمسبب لازم في حال دون حال
وكان الاطلاق من حيث اللزوم دائما اولى واما تفسير الخلوة الصحيحة بان يرتفع الموانع الشرعية والطبيعية
فلو كان الزوج مريضا او هي مريضة مرضا يمنع الجماع معه او يلحق احدهما به ضرر فكان يخاف زيادة
المرض فكان ذلك مانعا فهذا مانع طبيعي وكذا الرتق والقرن واما موانع الشرعية فكاحرام
الحج والعمرة وصوم رمضان لان الجماع مع ذلك يستلزم القضاء والكفارة في الصوم وفساد النسك
ووجوب الدم مع القضاء في الحج والعمرة والحيض طبعا وشرعا وانما اطلق في الحج وخص رمضان
في الصوم فللزوم الدم في الاول مطلقا بخلاف صوم التطوع لجواز فطره بعذر يتعلق لحق الادمي
كالضيافة ولا كذلك رمضان واما القضاء المنذور فكالتطوع في رواية لا كفارة وقيل في صوم التطوع
روايتان والصلوة بمنزلة الصوم فرضا ونفلا والمكان الذي يصح فيه الخلوة ان يامنا فيه
اطلاع غيرهما عليهما حتى لو خلا بها في مسجد او حمام او طريق او سطح لا حجاب له فليست بخلوة صحيحة
وكذلك لو كان معهما اعمى او صبي عاقل او مجنون او منكوحة له اخرى او اجنبية وفي الامة روايتان
والعدة واجبة عليها في جميع ذلك احتياطا لان العدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير
بخلاف المهر فانه مال لا يحتاط في ايجابه وقيل ان كان المانع شرعا يجب العدة لثبوت التمكن حقيقة
وان كان طبيعيا كالمرض والصغر لا يجب للتمكن حقيقة قال والجب غير مانع قال ابو حنيفة اذا خلا
المجبوب بامراته فخلوته صحيحة يجب بها كمال المهر وقالا غير صحيحة لان عجزه فوق عجز المريض فكان
اولى وله انه وجد التسليم منها والتمكن التام منيا لتاكد ملكها في البدل ويقوم مقام قبض المعقود عليه
كالتخلية في المشتري بخلاف المريض لان التمكن فوقه مما يتصور لزوال المرض وهنا يستحيل ان يصير
زواله بعد الجب ولان التمكين كاملا ولان المستحق عليها في هذا العقد من المستحق وقد وجد قال
ولا يجب الا نصف المهر بالدخول في النكاح الفاسد لا بالعقد ولا بالتمكين في النكاح الفاسد لا يجب المهر

فيه الا الدخول حقيقة لا بالعقد لفساده ولان الحرمة قائمة وهي مانعة شرعا فلا يجب الا باستيفاء
منافع البضع حقيقة ولا تقام فيه الخلوة مقام الدخول لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن لقيام المانع
وانما يجب مهر المثل لانه لما فسدت التسمية وجب المصير الى الموجب الاصلي وهو مهر المثل ويجب الزيادة
لعدم التسمية او لا يجب الزيادة بفسادها بخلاف البيع الفاسد حيث يجب فيه القيمة بالغة ما بلغت
لكون المستوفى مالا متقوما فيتقدر بدله بقيمته فان قيل قد اعتبرتم التسمية في النقصان واهدرتموها
في الزيادة وهذه مناقضة قلنا هو ضعيف في نفسه لا يترتب عليه مقصوده الا اذا انضم اليه ما يؤكده
كالقبض في البيع الفاسد والهبة وهذه التسمية ضعيفة فاذا انقضت عن مهر المثل كان مهر المثل شاهدا
فاعتبرت وفي الزيادة معارضا لا مؤيدا فاهدرت قال ويجب العدة عملا بالاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب
ويجب من حين التفريق كما في باب العدة لا من اخر الوطآت قال ويثبت النسب لان النسب مما يجب الاحتياط
الاحتياط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه قال واعتبر مدته من حين الدخول ويعني به
مدة من الزوايد وانما اعتبر حين الدخول دون حين العقد لان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطي لقيام المانع
الشرعي منه لكونه حراما واقامة العقد مقام الوطي انما كان باعتبار الدعاء اليه في النكاح الصحيح
قال ويعتبر مهر المثل بنساء عشيرة ابيها ان وجد من تماثلها والا فالاجانب مهر المثل يعتبر باخواتها
وبنات اعمامها لقوله عليه السلام في بروع حين تزوجت بغير مهر لها مهر مثل نسائها ونساؤها اقارب الاب
وقيمة الانسان معروفة بقيمة جنسه وجنسه قوم ابيه فان كانت الام من قوم ابيه بان كانت بنت
عمه اعتبر مهرها لكونها من قوم ابيها ولا تعتبر بها ولا بخالتها اذا لم يكونا من قبيلة ابيها لما بينا وقوله ان وجد
من تماثلها يعني من نساء عشيرة الاب فان لم يوجد منهم من تماثلها اعتبر بالاجانب تحصيلا للمقصود بقدر
الوسع وهذه الشروط وما بعده من الزوايد قال ويعتبر التساوي في السن والحسن والمال والعقل
والدين والبلد والعصر والبكارة وهذا لان المهر يختلف باختلاف هذه الاوصاف لتفاوت //
الرغبات باختلافها فان لم يوجد ذلك كله اعتبر الموجود منه لتعذر اجتماع هذه الاوصاف كلها في امراتين
وعن بعضهم ان الجمال غير معتبر في الحسب والشرف وانما يعتبر الجمال في الاوساط لان الرغبة فيه في الجمال وفي
الهداية قالوا ويعتبر التساوي في البكارة لانه يختلف في البكارة والثيوبة وهذا صحيح وهي قال
واذا امتنعت عن تسليم نفسها وان يسافر بها للمهر المعجل جايز لان حقها قد تعين في المبدل فوجب ان يتعين
حقه في البدل رعاية للتسوية وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة
اهلها حتى يوفيها مهرها كله اعني المعجل منه لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء فبطل حقها
قبل الايفاء

قال

بينهما فكان قال وان كان كله مؤجلا بحيث لو تزوج امراة على صداق مؤجل كله اذ يدخل بها في الحال
وليس لها الامتناع عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال الجديد آخر البيان ان لها
نفسها حتى يوفيها مهرها لان ملك البضع لا يعرى عن ملك البدل والاعراض عن وجوب التسليم فيه عن تسليم
البدل ولكنها انما رضيت بتاخير ما يقتضيه العقد لها من تسليم البدل والزوج لم يرض بتاخير ما
يقتضيه العقد له من تسليم المعقود عليه فلا يلزم من تاخير حقها باختيارها تاخير حقه بغير
اختياره قال ولها الامتناع قبل الدخول برضاها حتى يوفيها والمنفعة تابعة وقيد الرضا من الزوايد
والخلاف مرتب عليه فانها لو كانت مكرهة او صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق و
هذا الخلاف في الخلوة الصحيحة برضاها مذهب ابي حنيفة ان لها ان تمنع نفسها بعد الدخول برضاها حتى
يوفيها مهرها اي المعجل ويبتني على ذلك استحقاق النفقة لان هذا الامتناع حق حتى دفع المهر لها
الامتناع ويسقط النفقة لان ما هو المعقود عليه صار بالوطية الواحدة مسلما اليه وبالخلوة الصحيحة ولهذا
وجب جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبيع وله انها منعت نفسها منه ما قابل البدل لان كل وطئة
تصرف في المحل المحترم فلا يخلو عن عوض ابانة عن حرمته وما وراء الموجود لا يعارضه ولا ابانة محصل
التاكيد بالموجود فاذا وجد ذلك وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد يجني جناية فيدفع لها فاذا جنى اخرى
واخرى دفع بجميعها قال فاذا اوفاها نقلها حيث شاء وقيد لا يسافر الى بلد غير بلدها وقيد ان
اوفى المؤجل ايضا ومعنى ما من سافر والاتلاف اذا اوفاها المهر المعجل كان للزوج ان ينقلها حيث شاء
لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقيد لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى
ويجوز نقلها الى القرى القريبة من بلدها لعدم تحقق الغربة وقال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا اوفاها
المعجل والمؤجل كله فكان مؤتمنا عليها جاز له النقل الى بلد غير بلدها وان اوفى المعجل وحده لا يمكن
من ذلك لان التاجيل انما يثبت بحكم العرف دلالة بالتصريح فلعلها انما رضيت بالتاجيل اذا امسكها
في بلدها اما اذا اخرجها الى دار الغربة فلا وبعض اصحابنا افتى بالقول الاول وهذا القول المفصل اقرب
الى التحقيق وبه يفتى وهذه المسايل من الزوايد قال وان اختلفا في قدر المسمى فقضى لمن اقام البينة فان اقاماها
قبلت بينتها والا يجعل القول للزوج الا ان يستنكر وقال الاخفاف من غير فسخ ثم يحكم مهر المثل ومن ساواه
اعترافه او نقص حكم به او دعواها حكم مهر المثل اذا اختلفا الزوجان في قدر المسمى في العقد فادعى الزوج
انه تزوجها بالف وقالت هي تزوجتني بالفين مثلا فاما البينة فتقبل بينته لانه صحيح دعواه ولم يعارضها
لمجرد الدعوى فان اقامت البينة قبلت بينة المراة لانها تثبت الزيادة وان لم يكن لها بينة تحالفا

اي ان زاد حكم ... او زاد على دعواه ... او نقص عن دعواها

عند ابي حنيفة ومحمد ولا يفسخ النكاح بل يحكم مهر المثل فان كان مساويا لما اعترف به الزوج او اكثر
يحكم باعترافه وان كان مساويا لما ادعته المراة او اكثر حكم بدعواها وان زاد مهر المثل على اعترافه
ونقص عن دعواها حكم مهر المثل وقال ابو يوسف القول قول الزوج مع يمينه الا ان يذكر شيئا مستنكرا
معناه لا يتعارف مهرا لها وقيل المستنكر ان ياتي بما دون العشرة وقول الاول صحيح له ان المراة تدعي الزيادة
والزوج ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فيه هذا لان تقوم البضع ضروري
فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار الى مهر المثل ولهما ان الواجب الاصلي هو مهر المثل فكان
القول قول من يدعيه لا قول من ينفيه لان الظاهر انها لا ترضى بتسمية ما دونه والتحالف في هذه الوجوه
تخريج الكرخي ثم تحكيم مهر المثل بعده كما في المتن هو الصحيح ووجهه ان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية
وذلك انما يكون بعد التحالف فان ما يدعيه كل منهما من المسمى ينفيه الاخر فيبقى نكاحا بلا تسمية فيكون
موجبه مهر المثل فكان المصير الى التحالف ضروريا في الابتداء واصل النكاح ان كان لا يحتمل الفسخ بالتحالف
فالتسمية تحتمل الانتفاء ذكره في المبسوط وهذه المسئلة مذكورة في القدوري في كتاب الدعوى والخلاف
مع ابي حنيفة ومحمد وقول محمد مع قول ابي حنيفة كذا ذكره في الهداية في النكاح والدعوى وفي المنظومة
ما يثبته لذلك قال او ورثتهما فيه جعل لوارثها ان شهد به مهر المثل وقالا لوارثه ويستثني منه ما ينكر
اذا اختلفا ورثة الزوج والزوجة في مقدار مهر المسمى ولا بينة فالقول قول الزوج عند ابي حنيفة ومحمد
سواء مهر المثل سواء اشهد مهر المثل لهم او لم يشهد الا ان ابا يوسف يستثني من دعوى ورثة الزوج ما يستنكر
وقال محمد القول قول ورثة المراة ان كان مهر المثل شاهدا لهم اعتبارا بقول من يشهد له الظاهر والظاهر
انهما لا يتراضيان عند العقد الا بتسمية مقدار مهر المثل وصار كما لو كانا حيين او احدهما ولهما ان ورثة
المراة يدعون دينا في التركة وورثة الزوج ينكرون الزايد على ما يقرون به فالقول قول المنكر بخلاف حال
الحيوة فان ابا حنيفة وان كان يحكم مهر المثل حال الحيوة الا انه بعد ثبوت التسمية لا يعتبرها واما ابو يوسف
فانه يستثني ما يستنكر حال الحيوة والموت لما مر قال او في نفس تسمية فالقضاء بشيء وحكما لمهر المثل
اذا مات الزوجان واختلف ورثتهما في تسمية المهر قال ابو حنيفة لا يقضى بشيء وقالا يقضى بمهر المثل لانه
هو الموجب الاصلي في باب النكاح والمفاد يجب عند النفي وصار كما لو وقع الاختلاف في التسمية في حياتهما
او احدهما وله ان مهر المثل يتقدر بمهر نسائها عشيرتها وموتهما جميعا دليل على انقراض اقرانها عن التقدير ظاهرا
فوجب سقوط اعتباره بعد موتهما بخلاف حال الحيوة لان ذلك لا يظهر خطر المحل وتحريم الاستمتاع بغير عوض
وهذا ثابت بالاجماع وبعد الموت عدم ذكر المعنى ابتا قصر المثل على حاله فالدليل لرضاها باسقاطه وموضعها فجعلنا
بالدليل الثاني

فصل

فصل في نكاح الرقيق قال ولا يجوز نكاح العبد والامة والمكاتب والمدبر
وام الولد الا باذن المولى لقوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر
ولان النكاح في العبد والامة عيب وفي التنفيذ تعيب فلا يملكانه مذهبنا ان للمولى
اجبار العبد على النكاح بدون الاذن وكذلك المكاتب لان عقد الكتابة اوجب فك الحجر
على الكسب فيبقى النكاح على حكم الرق الا ترى انه لا يملك تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه
ذكره في باب الكسب وكذلك المكاتبة تملك تزويج امتها ولا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى
لان منافع البضع منفعة حقيقية وعين حكما الا ترى ان التابيد من شرطه والتوقيت يبطله
فباعتبار الحقيقة يثبت الجواز واعتبار الحكم منعه فلهذا ثبت لها ولاية الانكاح بالشك بخلاف منافع
سائر الاعضاء لانها منفعة حقيقة وحكما وما كان منفعة من كل وجه فهو لها بعقد الكتابة وكذلك
المدبر وام الولد لقيام الملك فيهما وهذه الاحكام الثلثة من الزوايد قال وبخلاف اجبار العبد كالامة
دون المكاتب والمكاتبة مذهبنا ان للمولى اجبار العبد على النكاح خلافا للشافعي ومذهبه رواية عن
ابي حنيفة والاخلاف في جواز في الامة وعدم جوازه في المكاتب والمكاتبة وهذه العلة من الزوايد اما
الخلافية فللشافعي فيها ان النكاح من خصايص الادمية والعبد في ملك المولى من حيث انه مال لا من حيث
انه ادمي فلم يملكه اجباره بخلاف الامة لان منافع بضعها مملوكة له فله تمليكه ولنا ان في النكاح
اصلاح ملكه من حيث تحصينه من الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف
المكاتب والمكاتبة لانهما يلحقان بالتصرف التحاقا بالاحرار فشرط رضاهما قال واذا اذن صار المهر
دينا في رقبته يباع فيه وسعى المدبر والمكاتب اما تعلقه برقبته فلانه دين لزمه بسبب صحيح مضاف
الى اهله وقد ظهر الدين في حق المولى بسبب اذنه فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن ارباب الديون وانما تعلقه
بالرقبة لان ذمة العبد ضعفت بسبب رقه لان الذمة في خواص الادمية وقد احلت ادميته بسبب
كفره الذي الحقه بالبهايم من العصر الذي بينا فلم يحتمل الدين بنفسها من دون موكد وهو مالية الرقبة
او الكسب في حق المكاتب بخلاف الحر لكمال ذمته ولهذا قلنا ان المولى لا يستوجب دينا على عبده
لان ماليته مستحقة له فلم يكن صالحة لحمل ذلك الخلل فبقيت ذمة العبد في حق المولى ضعيفة لا جابر لها
فلم يحتمل الدين من قبله واما المدبر والمكاتب فيسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل
من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيودي من كسبهما وقد اعتضدت الذمة الضعيفة
بالكسب فتقويت به وهذان الحكمان من الزوايد قال واذنه ينتظم الفاسد كالصحيح وهذا اصل

يظهر مونة فيما اذا انعقد على الاذن عنده ينتظم كما ينتظم الصحيح فيكون هذا الدين ظاهرا في حقه
بسبب اذنه وعندهما لا ينتظم الفاسد وانما ينتظم الصحيح فلا يكون الدين ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به
بعد العتق وفائدة اخرى انه لو تزوج امراة نكاحا فاسدا ثم تزوج نكاحا صحيحا وهو يتوقف النكاح
الثاني على اذن المولى وعندهما ينعقد لهما ان مقصود المولى بالاذن في النكاح هو التحصين وانما يحصل
بالجائز دون الفاسد فيتقيد اذنه المطلق عليه وله ان الاذن مطلق فينتظم نوعيه عملا بالحقيقة
كما في البيع فاذا وجد الفاسد منه وقد وقع احد نوعيه وانتهى الاذن لوجود المطلق في المقيد واما
ان مراده التحصين فامر باطن لا اطلاع عليه فلا يترك له الحقيقة الظاهرة على ان بعض المقاصد
في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على تقدير الدخول قال وليس على المولى
ان يبوئها منزل الزوج يطأها اذا ظفر بها هذا لان استخدامها حق المولى وهو باق لقيام ملكه فيها
والتبوئة لحقه فلا يلزمه قال وتثبت لها خيار العتق والزوج حر كالعبد الامة اذا تزوجت
باذن مولاها ثم اعتقت يثبت لها خيار العتق عندنا سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي
لا يثبت لها الخيار اذا كان حرا لان القياس على العبد لتوقيف حكمه ومورد النص زوجها عبد وله ان الملك لم يزدد
عليها لان ملك الطلقات الثلث ثابت للزوج عليها قبل العتق عنده ولنا قوله عليه السلام لبريرة
ملكت بضعك فاختاري جعل ملك البضع علة الخيار فيعم الفصلين لاطلاق العلة ولانه يزداد
الملك عليها فانه يملك الثلث بعد العتق فيملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وولاية الرفع ضمان
الولاية الرفع ضمنا الولاية الرفع مشروع فان لمن شهر عليه السلاح ولاية قتل الشاهر دفعا للهلاك
عن نفسه قال والمكاتبة ان اعتقت المكاتبة يثبت الخيار لها عندنا وقال زفر لا يثبت لنفوذ العقد
عليها بمباشرتها ورضاها وكون المهر لها بخلاف الامة لعدم اعتبار رضاها وكون المهر للمولى ولنا انها
غير راضية بازدياد الملك عليها وهي العلة الموجبة لثبوت الخيار في الامة فيشتركان في الحكم لاشتراكهما في
العلة قال ولو قتل امته قبل دخول الزوج فالمهر ساقط الحر اذا تزوج امة من رجل بمهر ثم
قتلها قبل دخول الزوج لها سقط مهرها عند ابي حنيفة وقالا عليه المهر لمولاها لان بالموت يتقرر النكاح ويتأكد
فلا يبطل حكمه كما لو قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل تسليمه فيجازى بمنع البدل كما لو ارتدت الحرة
بخلاف الاجنبي لانه وان كان مانعا الا انه ليس مستحقا للمهر قال وعكسنا في قتل الحرة نفسها قبل الدخول
اذا قتلت الحرة نفسها قبل الدخول بها لا يسقط مهرها وقال زفر يسقط ذكر الخلاف في الهداية وله انها جنت
المبدل جناية فلا تستحق البدل كالامة المنكوحة اذا قتلها مولاها قبل الدخول ولنا انها مستهلكة للمعقود
عليه

قبل

قبل التسليم فيرتفع العقد من اصله كالبائع يقتل المبيع قبل التسليم ولنا ان النكاح يتقرر بالموت
ويتأكد حكمه فصار كما اذا قتلها اجنبي وليست بحابسة المبدل لان الحبس يوجد بعد الموت وليس
اهلا للقتل حينئذ ولذلك لا يمكن جعلها مستهلكة لاستلزام ذلك تقدير حيوتها ومتى قدر ترتب
حيوتها لم يكن مستهلكة فلم يكن الاضافة اليها شرعا للتناقض ولا حقيقة لان المقتول ميت باجله
فصار كالموت حتف انفها لان حيوة المولى على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا بخلاف قتل
المولى امته لتعلق حكم الدنياوية وهو وجوب الكفارة قال ولو تزوجت بغير اذن فاعتقت
حكمنا بنفاذه امة تزوجت بغير اذن مولاها ثم اعتقها المولى نفذ نكاحها عندنا وقال زفر بطل لانه
انعقد موقوفا على اجازة المولى وبعد العتق انقطعت الولاية والاعتاق ليس باجازة فيتعين البطلان
كما لو باع رجل مال غيره ثم ان مالكه باع من آخر بطل البيع الاول ولنا انها من اهل العبارة وانما امتنع النفوذ
لحق المولى وقد زال بالاعتاق فنفذ لزوال المانع وهذا بخلاف ما لو اشترت شيئا ثم اعتقت بطل الشراء
لان ذلك الشراء انعقد موجبا لملك المولى فلو نفذ بعد العتق يكون موجبا للملك لها وانه لا يجوز اما ههنا
فالنكاح انعقد موجبا للحل لها وبعد العتق ينفذ بهذه الصفة وبخلاف ما استشهد به لان بيع المالك
بات وبيع الفضولي موقوف والبات يبطل الموقوف اذا طرأ عليه قال او ورثها من يحرم عليه فاجاز او سراها
مولى انثى اجزناه امة تزوجت بغير اذن مولاها ثم مات فورثها من لا يحل له وطئها فاجاز ذلك النكاح
جاز عندنا وكذلك لو اشتراها من المولى من لا يحل له وطئها فاجاز او اشترتها انثى فاجازت صح النكاح
ونفذ وقال زفر بطل النكاح لانه انعقد موقوفا على اجازة ذلك المولى فلا ينفذ باجازة غيره كما لو انتقلت
الى من يحل له وطئها ولنا ان المولى الثاني قائم مقام الاول في الملك فيقوم مقامه في الاجازة ولا منافاة
لذلك فان الحرمة قائمة بخلاف ما لو كان ممن يحل له وطئها لان طروء الحل النافذ على الحل الموقوف
يبطله كما ان ملك النافذ يطرأ على الملك الموقوف لموضع التنافي بين الحلين والملكين في المحل الواحد
قال ولو نكح بغير اذن ثم طلقها ثلثا ثم اذن له يجدد عليه يحسن من غير كراهة قال ابو حنيفة ومحمد
اذا تزوج العبد امراة بغير اذن مولاه ثم طلقها ثلثا ثم اذن له المولى في التزويج ويكره له ان يتزوجها
وقال ابو يوسف لا يكره لان النكاح لم يوجد حقيقة فلم يوجد الطلاق حقيقة ولا شبهة ايضا فان
شبهة الشيء تثبت حيث يخلف عما يوجب تحقيقه ولم يوجد ههنا ما يوجب تحقق الطلاق لمكان البراءة
الاصلية فصارت كغيرها ولهما ان صورة النكاح وجدت دون معناها وذلك باثبات الكراهة
بخلاف غيرها لانتفاء الوقوع صورة ومعنى ولو زوج بنته مكاتبه ثم مات لا يفسد النكاح عندنا الا اذا
تعجز

منه في الرق وقال الشافعي فسد لانها ملكته بالارث الا ترى ان بدل الكتابة لها ولها ملكه اعتاقه وصار كالوتد وبها المكاتب بعد موت المولى ولنا انها لم تملكه ولهذا لا يسقط دينها اذا مات عليه وانما يثبت ملكها في بدل الكتابة لان المكاتب ممنوع نقله من ملكه لكونه حرا من وجه بخلاف ما استشهد به لانها قامت مقام ابيها فيما كان له وانما بطل النكاح بين المراة ومكاتبها لانه مملوك لها من وجه من حيث انه مملوك لها لا يصح ومن حيث انه غير مملوك يصح فلا يصح بالشك وهنا كان العقد صحيحا من حيث انه مملوك لها فلا يبطل بالشك وانما يملك اعتاقه لتضمنه الابراء عن بدل الكتابة ثم يثبت العتق بعده ولهذا لا يملك بعض الورثة اعتاقه ويعتق باعتاقهم جميعا لحصول البراءة عن بدل الكتابة بكله لا باعتبار الملك الا ترى ان الولاء للمولى الذي كاتبه وينتقل الى ذكور اولاد المولى قال وحكم حرية ولد العبد المغرور بالقيمة كالحر اذا تزوج العبد امراة زعمت انها حرة باذن المولى فجاءت بولد ثم استحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها ولا يكون الولد حرا بالقيمة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ياخذها ولا ياخذ ولدها وهو حر بالقيمة يوفيها بعد العتق واجمعوا ان المغرور لو كان حرا كان ولده حرا بالقيمة وقاسه عليه تعريفا لحكم والاشارة الى التعليل من الزوائد له انه رغب في حرية ولده حيث نص على حريته ووطئها على السبب الصحيح فاذا بطل وجب كون الولد حرا بالقيمة لان عليا رضي الله عنه قضى بكون الولد المغرور حرا بالقيمة وبالقياس على ولد المغرور الحر والجامع اشتراكهما في مصلحة رعاية الجانبين فاعتبرنا حرية الولد لانه مطلوبة المغرور واعتبرنا مالية الولد نظرا للمستحق لانه مطلوبة ولهما ان الولد مخلوق من ماء رقيقين فكان رقيقا والقياس في الحر كذلك لان الولد تابع في الحرية والرق للام الا ان المغرور اذا كان حرا فولده حر بالقيمة عرف ذلك باجماع الصحابة ولا يمكن الالحاق هنا لان الحكم ثمه بحرية الولد مع مراعاة حق المستحق في الحال بايجاب البدل وهنا انما يطالب بالقيمة بعد العتق ولم يكن في معناه فوجب المصير الى القياس وهو تبعية الولد للام

فصل في العيوب

قال ولا يجب ردها بجنون وجذام وبرص ورتق وقرن وقال الشافعي بجواز ردها بهذه العيوب لانها مانعة من الاستمتاع حسا وطبعا والطبع مؤيد بالشرع وقال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد فصار كما لو كان الزوج مجبوبا او عنينا ولنا ان فوت الاستمتاع بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان المستحق هو التمكن وهو حاصل والاستمتاع من ثمراته بخلاف ما استشهد لانه لا يتمكن من قضاء وطرها بغيره وهو قادر على ازالته بغيرها فافترقا قال واجاز محمد رده بالثلاثة الاول قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يملك الزوجة رد الزوج بشيء من العيوب ما عدا الجب والعنة وقال محمد يملك رده بالجنون والجذام والبرص دفع الضرر عنه بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج

وانما ثبت

وانما ثبت في الجب والعنة لبطلان استيفاء حقها اصلا لعدم تصور وصولها الى حقها وهنا وصولها الى حقها مقصود وان كان قاصرا فلم يثبت التساوي بينهما فلم يتم القياس قال ويؤجل العنين سنة فان وصل والا فرق الحاكم بينهما هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الامتناع عن ايصال حقها اليها في الوطء يحتمل ان يكون العلة عارضة او الآفة اصلية ولا بد من مدة يعرف ذلك قدرت بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت تبين ان العجز لآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف فتنوب القاضي منابه في التسريح بالاحسان اذا طلبت ذلك ولا بد من طلبها لان التفريق حقها والخصي كالعنين لان وصوله مرجو بخلاف المجبوب لانه لا فائدة في التاجيل واذا طلبت الزوجة فرق بينهما في الحال قال وجعل الفرقة طلقة بائنة لا فسخا لان المراة ردت الزوج بعيب وكان كالمبيع يرد بعيب فلا ينقص عدد الطلاق ولنا انه عجز عن الامساك بالمعروف وامتنع من التسريح بالاحسان فناب القاضي منابه فكانه طلق بنفسه ووجب ان يكون بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بالبينونة ولها كمال المهر ان خلا بها لان خلوة صحيحة معتبرة ويجب العدة لما مر وهذا مع اقرار الزوج بعدم الوصول اليها وان اختلفا فيه وهي ثيب فالقول قوله لانكاره استحقاق حق الفرقة مع ان الاصل سلامة الطبع ثم ان حلف بطل حقها وان نكل اجل سنة وان كانت بكرا اعتبر بها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة فان قلن هي ثيب حلف الزوج وان حلف والا اجل سنة ويحتسب بايام الاجل الحيض وشهر رمضان من السنة لوجود ذلك فيها الا بايام مرضه ومرضها لامكان خلو السنة عن المرض والسنة قمرية هو الصحيح قال والفرقة بتفريق الحاكم وقالا يفرق لها اذا مضت السنة المضروبة اختلافا فاختارت الفرقة لا تبين بقولها اخترت نفسي بل لا بد من تفريق القاضي بينهما عند ابي حنيفة وقالا تبين بها لان الشرع خيرها عند تمام الحول لدفع الضرر عنها فيكون كتخيير الزوج اياها وله ان النكاح عقد لازم وملك الزوج معصوم فلا يزول الا بازالته او بازالة من يقوم مقامه دفعا للضرر عنه وهنا لما تعين على الزوج احد الامرين اما الامساك بالمعروف او التسريح بالاحسان فامتنع عن ايفاء هذا الحق ناب القاضي منابه فيما تقبل الاستنابة فيهما وهو التسريح بالاحسان دفعا للظلم عنها فلا بد من تفريقه قال واذا كان زوج الامة عنينا فالخيار للمولى وجعلها قال ابو حنيفة الخيار في فرقة زوج الامة اذا كان عنينا للمولى وقال ابو يوسف هو لها لان الوطء حقها وله ان مقصود النكاح وهو الولد اذا حصل كان ملكا للمولى وهو يتضرر بالعنة لان فيه منعا من حصول مقصود المولى فكان الخيار اليه قال ومتى فارد المهر بعيب يسير لا يرد المهر بعيب يسير الا ان يكون متفاحشا وقال زفر يرد به ان كان يسيرا وهو قول الشافعي لانه لم يرض به الا سليما فلها الرد كما في البيع ولنا انه لا فائدة لهذا الرد لان النكاح لا ينتقض بالرد فيبقى موجبا تسليم المسمى

سليما وقد عجز فوجب تسليم قيمته ولا فائدة فيه اذ لكان العيب يسيرا لعدم التفاوت بين تلك العين وبين القيمة
او كان العيب اليسير بسبب تقويم بعض المقومين بخلاف الفاحش لظهور التفاوت في القيمة وبخلاف البيع
لان الرد يوجب اعادة المعقود عليه والخلاف فيما بيننا وبين الشافعي بناء على ان التسمية يبطل عنده بالرد بالعيب
فيجب مهر المثل وعندنا لا يبطل لقيام النكاح الموجب للمسمى والعجز عن تسليمه سليما فوجب تسليم القيمة

فصل في نكاح اهل الشرك

قال وجاز انكحة الكفار خلافا لمالك فنكاح اهل الشرك
باطل فاما يصح منه ما لو ابتدؤه بعد الاسلام فيصح البقاء عليه وما لو ابتدؤه بعد الاسلام لم يصح لا يصح حالة
الكفر كالعقد على ذوات المحارم وعندنا يصح انكحتهم فان اسلموا فما اجازه الشرع اقروا عليه وما رده
يفرق القاضي بينهما وله ان حول النكاح يتعلق الشروط معدومة في انكحتهم فيجب فسادها لتخلف الشرط
عن المشروط ولنا قوله تعالى وامراته حمالة الحطب ولولا انعقاد النكاح ما صح الاخبار بانها امراته وقوله عليه السلام
ولدت من نكاح لا من سفاح ولولا صحة العقد لما ترتب الافتخار بذلك قال ولو تزوج بغير شهود
اجزناه واذا اسلما ابقيناه كالذي تزوج بكافرة ولم يشهد على النكاح وذلك جائز في دينهما صح عندنا حتى
اذا اسلما يقران على نكاحهما ولا يفرق بينهما وقال زفر هو فاسد فيفرق بينهما بالاسلام وله قوله عليه السلام
لا نكاح الا بشهود الا انا امرنا بتركهم وما يدينون لم يتعرض لهم ما لم يسلموا او يترافعوا الينا لقوله تعالى
وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولانهم بعقد الذمة تبع لنا في الدار ملتزمون احكام المعاملات
وعدم الاعتراض عليهم ليس بتقرير فاذا اسلموا او ترافعوا وجب الحكم بالحق ولنا ان الاشهاد على النكاح
حق الشرع وهم قبل الاسلام لا يخاطبون به ولان كون الشهود من الشروط مختلف فيه ونحن مامورون بتركهم
وما يدينون حتى كان الخمر والخنزير مالا متقوما عندهم واجزنا عقدهم عليها فاذا انعقد النكاح بينهما
صحيحا عندهم فاستداما عليه بعد الاسلام وتوافقا اقرا عليه لان الاشهاد شرط الابتداء دون البقاء
قال او محرمه فهو جائز وشرط التفريق اتفاقا ثم فرقا بينهما بمرافعة احدهما كالمسلم اذا تزوج الكافر
بنات رحم محرم منه فحكمه حكم النكاح الصحيح عند ابي حنيفة حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يبطل الاحصان
بوطئها حتى لو علم بعد ذلك فقذفه احد لا يحد وقالا له حكم النكاح الفاسد فلو اسلما او اسلم احدهما او
ترافعا جميعا فرق بينهما بالاجماع ولا يفرق بينهما بمرافعة احدهما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفرق
بمرافعة احدهما كما يفرق باسلامه كما ان المختلف الذي هو شرط صحة النكاح ولهذا لا يورث به الا انا
لا نتعرض لهم قبل الترافع كما في عبادة النار لانا امرنا بتركهم وما يدينون فاذا رفع احدهما امره
فقد التزم حكم الاسلام فيتعدى الى الاخر ضرورة الحكم على الرافع فيفرق بينهما كما لو اسلم احدهما وله ان العقد
صحيح

صحيح في اعتقادهم ونحن مامورون بتركهم وما يدينون فيجري مجرى الصحيح لعدم ولاية الالزام
قبل الترافع فاذا ترافعا جميعا فقد رضيا بحكم الاسلام فيجري عليهما وبمرافعة احدهما لا يحصل رضا الاخر
فلم يتحقق شرط الالزام في حقه فلا حكم عليه ولا على الرافع استلزام الحكم على غيره بل يلتزمه والفرق
بين مرافعة احدهما واسلامه ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه حيث لا يتغير بمرافعته
اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى اما لو حكما فيهما جميعا
فهو بمنزلة تحكيمهما وانما يفرق بينهما بالاسلام وان كان حكمه حكم الصحة عند ابي حنيفة لان المحرمية
ينافي النكاح حال بقائه وعلى هذا الخلاف اذا جمع بين الاختين او بين الخمس او تزوج المطلقة ثلاثا
قال او في عدة الكافر فهو جائز الكافر اذا تزوج معتدة من كافر جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
لان العدة واجبة في النصوص الموجبة لها على الاطلاق وهي مانعة جواز النكاح في العدة والفرق لهما بين
العدة والنكاح بغير شهود ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها عندنا وكانوا ملتزمين لها بعقد الذمة
وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات وله ان هذه العدة لا تجب
عليها لانها لو وجبت فاما حقا لله تعالى وذلك من لوازم الاسلام وحقا للزوج والمزوج وكلاهما لا يعتقدانه
وجوبها فلم يتحقق المنافع فسلم المقتضي عن المعارض والفرق له بين المعتدة ونكاح ذات رحم محرم ينافي
بقاء النكاح فيفرق والعدة لا ينافيه كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان العدة واجبة عليها ولا يفسد النكاح
قال او بغير مهر وهما ذميان فمهر المثل غير لازم ولو ترافعا او اسلما كما حكمنا في الحربيين قال ابو حنيفة
الذمي اذا تزوج ذمية على ان لا مهر لها لم يجب لها مهر مثلها ولو اسلما او ترافعا الينا لا يحكم لها بشيء
وقالا يجب لها مهر المثل لان النكاح لم يشرع الا بالمال وهم ملتزمون احكامنا في المعاملات كالزنا
والربوا والولاية عليهم باسم [illegible] لاتحاد الدار وله انهم غير ملتزمين احكامنا في الديانات ولا فيما يعتقدون
خلافه في المعاملات والولاية بالسيف والمحاجة منقطعة بعقد الذمة فصار كالحربيين بخلاف الربوا
لانه محرم في الاديان والربوا مستثنى من عقدهم قال عليه السلام الا من اربى فانه ليس بيننا وبينه
عهد والحربيان اذا تزوجا ونفيا المهر ثم اسلما او ترافعا الينا لم يحكم لها بشيء وقال زفر يحكم لها بمهر المثل
لان النكاح حيث هو استيلاء على محل الفعل والتصرف فيه لم يشرع الا بالمال بانه لشرف المحل بشرف
بني آدم المكرمين بتكريم ابيه فوجب العوض وان نفاه ولنا انه تعذر الزامهم بما لم يلتزموه فلا فائدة
في الايجاب قال ولو امهرها وهما ذميان خمرا او خنزيرا بعينهما ثم اسلما فلها المهر او في الذمة فالقيمة
فيهما ومهر المثل فيه ويوجب فيهما القيمة الذمي اذا امهر الذمية خمرا او خنزيرا بعينهما ثم اسلما قال ابو حنيفة

المعوضات بإمساك الخمر والخنزير دون غيرهما لان هذه العين صارت مملوكة لها بالعقد ولهذا صح تصرفها
فيه وبالقبض ينتقل من ضمانه الى ضمانها والاسلام لا ينافي ذلك كما في استرداد الخمر المغصوبة وخمر المكاتب
الذمي اذا عجز والماذون اذا حجر عليه فصار كما لو اسلمت والمعقود عليه عبد او خمر او خنزير فانها تاخذ الخمر
وتطلق الخنزير كذا هنا وان كان تزوجها على خمر او خنزير في الذمة فعليه في الخمر قيمتها وفي الخنزير مهر المثل
لان ملكها في غير المعين انما يحصل بالقبض والاسلام ينافيه فلم يكن اداء الدين مثله لمكان الاسلام ولا
يمكن تسليم قيمة الخنزير لانها تنزل منزلة عينه في ضمان العدوان فيصح الاداء وقال ابو يوسف يلزمه مهر المثل في
الصورتين لان القبض يحكم العقد شبيها بنفس العقد لما مر من قبل فصار التسليم كالابتداء ولو كان
ابتداء العقد على الخمر والخنزير عينا او دينا وجب مهر المثل فكذا هذا وقال محمد يلزمه القيمة في الصورتين
لان التسمية قد صحت وقت العقد فقد عجز الآن عن تسليم المسمى فيلزمه تسليم قيمته كما لو ورد به
امراة على عبد الغير قال ولو اسلمت يعرض عليه الاسلام فان اسلم والا فرق وجعله منها او قال طلاقا
باينا او اسلم وهي مجوسية تعرض عليها فان ابت فرق بغير طلاق اذا اسلمت المراة وزوجها كافر
فعندنا يعرض على الزوج الاسلام فان اسلم فهي امراته والا يفرق بينهما بالاباء وعند الشافعي لا يعرض
الاسلام لان في ذلك تعرضا لهم وقد امرنا بتركه بعقد الذمة الا ان النكاح قبل الدخول غير متاكد فينقطع
بنفس الاسلام وبعد الدخول متاكد فيتاخر الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان مقاصد
النكاح من ازدواج والالفة وقضاء الوطر فاتية فلا بد من سبب تبتني عليها الفرقة والاسلام لا يصلح
سببا لانه طاعة فلا يصلح لفوات العقد فيعرض لتحصيل المقاصد بالاسلام او يابى فيقع الفرقة بالاباء
ووجه قول ابي يوسف هذه الفرقة حاصلة بسبب يشترك فيه الزوجان وهو الاباء عن الاسلام فانه يحصل
منهما جميعا والطلاق يختص به فلا يكون هذه الفرقة طلاقا كالفرقة بسبب الملك لعدم اختصاصه باحدهما
ولهما ان الاباء امتنع عن امساكها بالمعروف لانه قادر عليه بالاسلام فوجب ان ينوب القاضي منابه في التفريق
بالاحسان كما في الجب والعنة والفرق بينه وبين الملك ان الملك مناف للنكاح والطلاق رافع فيتعذر
ان يجعل المنافي رافعا لان رافع الشيء يستدعي سابقة وجود المرفوع والمنافي لا يقتضي سابقة وجوده
ولهذا لا يتوقف على القضاء والفرق بين ابائه وابائها ان الزوج اهل الطلاق فكان اباؤه سببا لنيابة
القاضي عنه في الفرقة بالطلاق وهي ليست باهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها قال
ويكون لها المهر ان دخل والا فلا اذا اسلم الزوج معرض عليها الاسلام فابت ففرق بينهما فان كان دخل بها
فلها كماله بالدخول وان لم يكن دخل بها لان هذه الفرقة من قبلها والمهر غير متاكد فاشبه الردة ومطاوعة
ابن زوجها

قال

قال وإذا ارتد احدهما وقعت الفرقة بغير طلاق وجعل ردته طلاق اذا ارتد احد الزوجين
عن الاسلام وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف مطلقا وقال محمد ان كان المرتد
هو الزوج وقعت الفرقة بطلاق وان كانت المراة صغيرة طلاق اعتبارا بالاباء في الفصلين وابو يوسف
مر على اصله ووجه الفرق لابي حنيفة ان الردة منافية للنكاح لانها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر
جعل الردة طلاقا بخلاف الاباء لان القاضي ينوب منابه في التسريح بالاحسان ولهذا يتوقف الفرقة
بالاباء على القضاء ولا يتوقف بالردة قال وان كان دخل بها وهو المرتد فلها كل مهرها والا فنصف
او هي قبل الدخول فلا مهر ولا نفقة اما الاول فلانها مسلمة وحكم الدخول بها انه موفى وان كانت هي مرتدة
قبل الدخول فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها ولم يذكر ما بعد الدخول لسبق الحكم فيه وهو وجوب
المهر لتاكده قال ولو ارتدا معا واسلما بقيا نكاحهما المسلمين اذا ارتدا معا والعياذ بالله ثم اسلما
فهما على نكاحهما عندنا وقال زفر لا يجوز ان يكون على نكاحهما لانه لو ارتد احدهما بطل النكاح وفي ردتهما ردة
احدهما فصارت … ولنا وهو الاستحسان ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يامرهم احد من الصحابة بتجديد
الانكحة … وجعل الجهل بالتاريخ في قوله معا … انه لو اسلم احدهما بعد الارتداد
فسد النكاح بينهما لبقاء الآخر على الردة وهي منافية للبقاء كالابتداء قال والحكم بالفرقة حال الردة والتفريق
بالاباء وخروج المهاجر الينا لا بانقضاء مهاجرة الينا مسلمة او مراغمة لزوجها او مفارقة على رغمه او مغاضبة
له هاربة منه وقعت البينونة بينهما بنفس الارتداد وتباين الدارين وبتفريق القاضي بالاباء في
الحال وقال الشافعي رحمه الله ان كان بعد الدخول فبانقضاء العدة وان كان قبله ففي الحال له ان المؤثر
في افساد الملك موجود لكنه لم يتحكم لجواز ارتفاعه باسلام الآخر فيتوقف على انقضاء الاقراء التي جعلت
في الشرع للاستدراك ما اقبل على الزوال كما في الطلاق الرجعي فان ملك النكاح لما شارف الزوال بالطلاق
جعلت الاقراء مدة الاستدراك ولنا ان الردة انما تباين النكاح وينافيه فلا يبقى مع المنافي وهذا
لان ملك النكاح ملك معصوم والمالك بالردة يرتفع عصمته فيستحيل بقاء الملك المعصوم لمن ليس بمعصوم
واما اذا ارتدا معا فارتفعت عصمتهما والملك حينئذ غير معصوم فلا يبعد قيام ما هو غير معصوم
واما اذا توقف الفرقة على تفريق القاضي بالاباء فقد مر الكلام فيه واما ثبوت البينونة بتباين
الدارين فلما ذكرنا هل ملك التزوج من غير عدة فقال ابو حنيفة رحمه الله يملكه وقالا بعد العدة لان
الفرقة وقعت في دار الاسلام فيلزمها احكام الاسلام وله ان وجوب العدة لاظهار خطر ملك النكاح
المتقدم لا خطر لملك الزوج الثاني في دار الحرب الملحقة بالجماد في حقنا لانقطاع احكام الاسلام عنهم لالحاق

العدة في المدخول بها والمهاجرة لا عدة عليها كما … صح

بين الحي والميت واذا سقطت حرمة ملكه لم تجب العدة وهذا الاجب على الميتة لانقطاع الملك قال
وان كانت حاملا لم تزوج يعني المهاجرة اذا خرجت الى دار الاسلام وهي حامل لم تتزوج حتى تضع حملها وعن
ابي حنيفة ان النكاح يصح ولا يقربها الزوج حتى تضع كالحبلى من الزنا ووجه الرواية المشهورة ان الحمل ثابت
النسب فيظهر الفراش في حقه فيمنع جواز النكاح احتياطا قال واذا اسلمت في دار الحرب او اسلم وتحته مجوسية
بانت منه بانقضاء ثلث حيض وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة لما مر والعرض على الاسلام ليتحقق الاقدام
او الاباء متعذر لقصور الولاية والفرقة واجب دفعا للفساد فاقمنا الشرط وهو انقضاء الحيض الثلث
مقام السبب كما في اضافة الحافر في حفر البئر عدوانا مقام العلة عند عدمها قال وتباين الدارين
سبب الفرقة لا السبي اذا خرج احد الزوجين الى دار الاسلام مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي
لا تقع وان سبي احد الزوجين الحربيين وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي وقعت في انقطاع نكاح الزوجين
المسبيين معا وجهان في مذهبه وله اصلان ان السبي هو السبب عنده والتباين عندنا له ان تباين الدارين
يظهر في انقطاع الولاية ولا اثر لذلك في وقوع الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن واما السبي فيقتضي
صفاء الملك للسابي وهو مستلزم لانقطاع ملك النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي تحقيقا للصفاء ولنا
ان مصالح النكاح لا ينتظم حقيقة ولا حكما مع تباين الدارين فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وانه
لا ينافي ابتداء النكاح فكذا لا ينافي بقاؤه وصار كالشراء فانه اذا اشترى امة منكوحة لا يوجب ملكها بطلان
النكاح فكذا هذا واما الصفاء فانه في المال لا في المحل النكاح واما المستامن فلم يتباين الدار في حقه لانه
في عرضية الرجوع قال واذا اسلم زوج الكتابية بقي النكاح لانه يصح ابتداء فبقاؤه اولى قال ولا يجوز
نكاح المرتد والمرتدة اما المرتد فلانه مباح الدم وانما يترك ضرورة التامل والنكاح شرع للبقاء وشرعيته
في حقه مما يشغله عن التامل فلا يشرع واما المرتدة فلانها وان لم تقتل لكنها تحبس للتامل لا للاشتغال عنه
بمصالح النكاح وخدمة الزوج مما يشغلها عنه ولان المصالح لا ينتظم بينهما فالنكاح شرع لمصالحه فيفوت
بفواتها قال والولد يتبع خير الابوين دينا لان جعل الولد تابعا للمسلم نظر له قال ويتبع الكتابي من هو
لا المجوسي لان المجوسي شر من الكتابي وفائدة ذلك يظهر في جواز مناكحته واكل ذبيحته لان في ذلك نظرا له
قال ولو اسلم وتحته خمس او اختان او ام وبنت بطل النكاح فان رتب فالآخر وخير في اختيار اربع
مطلقا واحدى الاختين والبنت وقد اسلم وتحته خمس نسوة فصاعدا او اختان او ام وبنتها فنكاحهن باطل
ان كان تزوجهن بعقد واحد وان كان تزوج على الترتيب بطل نكاح الخامسة فما فوقها وبطل نكاح الاخيرة
والاخرى من الام والبنت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يختار اربعا منهن واحدى الاختين وايتهما شاء

ويختار

ويختار البنت دون الام لان غيلان الديلمي وتحته عشر نسوة اسلمت فخيره عليه السلام فاختار
اربعا منهن وكذلك فيروز الديلمي وتحته اختان وخيره عليه السلام فاختار احديهما وانما يختار البنت
لان نكاحها امنع من نكاح الام لها لان صحة نكاح البنت مانع من نكاح الام لا بالعكس ولانها الانكحة
جائزة عندهم وانما الحرمة بعارض الاسلام فيتخير كما لو اعتق مصمو بعض جواريه ولهما فاسدة
لعدم شرعيتها في الاسلام الا انا امرنا بتركهم وما يدينون فاذا اسلموا اجري عليهم احكام الاسلام كمسالة
نكاح المحارم وحديث غيلان وفيروز كان في الزمن بعد الفرقة قال ويحكم بالفرقة بين مسلم مع نصرانية
تمجستا كما لو تهودا او خالفه مسلم تحته نصرانية فتمجسا جميعا وقال ابو يوسف وقعت الفرقة بينهما
لان حكم الزوج حكم المرتد ولهذا يجبر بالسيف على الاسلام وحكم المراة ليس كذلك ولهذا تترك وما اختارته
وصار كارتداد المسلم ومعه مسلمة او كتابية فانهما تبينان منه وكما لو تهودا جميعا وقال محمد لا تقع الفرقة
لعدم المنافاة وان ارتد احدهما وقعت للمنافاة بخلاف ما لو تهودا الا انها لو تهودت وحدها لم تقع
الفرقة لانهما فعلا ما لو انفرد به احدهما وقعت فاذا فعلا جميعا لا تقع كالمسلمين اذا ارتدا معا لا تقع الفرقة
لعدم المنافاة وان ارتد احدهما وقعت المنافاة بخلاف ما لو تهودت لانها لو تهودت وحدها لم تقع الفرقة
ولو تمجست وحدها وقعت لعدم كون المجوسية محلا لنكاح المسلم وثبوت المحلية لليهودية فصل
في القسم ويعدل بين الحرتين مطلقا اذا كان له زوجتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا
او ثيبين او احديهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله عليه السلام من كانت له امراتان فمال الى احديهما في القسم جاء يوم القيمة
وشقه مائل وعن عايشة رضي الله عنها كان النبي صلعم يعدل في القسمة بين نسايه وكان يقول اللهم هذا قسمي
فيما املك ولا تواخذني فيما لا املك يعني المحبة وما روينا مطلق فيجري على اطلاقه قال ويامر بالتسوية بان
يقيم عند البكر الجديدة سبعا والثيب ثلثا ثم يستانف اذا كانت له امراة فتزوج اخرى فان كانت
بكرا سوى بين الجديدة والقديمة في القسم فان اقام عند هذه سبعا اقام عند الاخرى سبعا كذلك وان كانت
ثيبا سوى وان اقام عندها ثلثا اقام عند القديمة ثلثا ولا تخص الجديدة البكر بسبع والثيب بثلث
ثم يستانف القسمة للشافعي له ما روى ابو هريرة انه عليه السلام قال من تزوج امراة بكرا على امراة عنده
يقيم عندها سبعة ايام وان تزوج ثيبا يقيم عندها ثلثة ايام ثم يستانف القسمة بينهما ولنا ما روينا من غير فصل
بين الجديدة والقديمة ولان القسم من حقوق النكاح فيتساوون فيه فيتساوون في حقوقه وما رواه يدل على انه
يقيم عند البكر سبعا والثيب ثلثا ولا دلالة فيه على نفي التسوية والمستحق هو التسوية في البيتوتة دون المجامعة
لان ذلك يبتني على وجود الداعي اليه والنشاط فيتعدد الدار مفوض الى راي الزوج او يقول محمد على الصحيح قال

والقسم الرقيقة مع الحرة الثلث لما كان له منكوحتان حرة واخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة
الثلث لورود الاثر بذلك ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهاره الا انه لا دون الاتمام
مع الحق سواء كانت اخرى من الحق او مارية فيجب اظهار النقصان في الحقوق والمراد من لفظ الامة الى الرقيقة
ليشمل الامة والمكاتبة والمدبرة وام الولد لان الرق فيهن قائم قال ويسافر لمن شاء ويستحب ان يقرع
بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي يجب ذلك لما روى انه عليه السلام كان اذا اراد سفرا
قرع بين نسائه لكن نقول لا يدل ذلك على الوجوب بل يدل على الاستحباب تطييبا لقلوبهن لانه لا حق لهن
في السفر فيبطل الاستحقاق قال ويجوز ان يترك قسمها لصاحبتها ولها ان ترجع فيه اما الاول فلما روى
ان سودة بنت زمعة سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها واما الثاني
فلانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط باسقاطها

كتاب الرضاع

قال وتعلق التحريم مطلق في المدة لا بخمس رضعات وهي ثلثون شهرا قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل
في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصغير بكل واحدة منها له
قوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان اعاد حرف النفي بين المصة والمصتين
واقتضى التداخل كما لو قال والله لا اكلم زيدا يوما ولا يومين وكذا عاد بين الاملاجة والاملاجتين وعطف
احدهما على الآخر فكانه قال لا تحرم المصتان ولا الاملاجتان فوجب تخصيص الرضعات الاربع عن النصوص المطلقة
المقتضية للتحريم فثبت ما وراءها ولنا اطلاق قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وقوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولان السبب الموجب للتحريم هو شبهة البعضية باثبات اللحم وانشاز العظم امر باطن فيدار
الحكم على السبب الظاهر احتياطا في باب الحرمة وقوله في المدة يفيد ان التحريم لا يتعلق به اذا انقضت المدة لقوله عليه السلام
لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار الجزئية والبعضية الناشئة من التغذي باللبن وذلك يختص بالمدة فان الكبير
لا يتغذى به وقيل هل يعتبر الفطام قبل المدة فيه روايتان اظهرهما انه لا يعتبر والاخرى انه يعتبر ان استغنى عنه وجه
انقطاع النشو بغير الغذاء وهل يباح الرضاع بعد المدة فيه خلاف والاظهر انه لا يباح لان اباحته ضرورية
لكون اللبن جزء الآدمي قال وهي ثلثون شهرا وقالا سنتان وبقيا الثلث قال ابو حنيفة مدة الرضاع
ثلثون شهرا وقالا سنتان لقوله تعالى يرضعن اولادهن حولين كاملين وحمله وفصاله ثلثون شهرا وادنى ستة اشهر
اقل مدة الحمل فبقي سنتان وله ان اطلاق ما تلونا وروينا يقتضي ثبوت الحرمة مطلقا وقوله عليه السلام
لا رضاع بعد الفصال حمله على فائدة جديدة لا استفادة حمل البطن بقوله تعالى حملته امه كرها لا يكون المعارض
موجودا لان المدة المضروبة لشيئين يثبت لكل واحد منهما كملا كالاجل المضروب للدينين وان اريد به حمل البطن

فاما

فاما ان المدة مشتركة بينهما فيكون ستة اشهر للحمل والباقي للرضاع فيكون المعارض موجودا ولئن
لم يكن مشتركة ولكن تمام الثقة في مدة الحمل لا يكون المعارض موجودا فيثبت الشك في وجوده
ومع اليقين المقتضي للتحريم في نصف الحول فثبت التحريم واما قوله تعالى يرضعن اولادهن حولين
كاملين فالمراد استحقاق الام المبتوتة اجرة الرضاع فيهما حتى لا يجب نفقة الارضاع على الاب بعد
الحولين وقال زفر ان المدة ثلث سنين ان الحولين هي مدة الاستحقاق لما مر قوله تعالى فان ارادا فصالا عن
تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما يدل على جواز الارضاع بعد الحولين ثم الفطام لا يحصل دفعة
فلا بد من زمان يعتاد فيها الصبي مع اللبن الطعام الآن يكتفى به عنه وينساه ويكون حكم تلك المدة حكم
مدة الرضاع الآن ابا حنيفة قدرها بستة اشهر في مدة الحمل اعتبارا بالانتهاء او على ذلك في تغيير
الغذاء من اللبن الى الطعام وزفر اعتبر الحول لان الشرع اعتبر في مواضع كثيرة لتغير الاحوال
وانتقالها من حال الى حال فاذا وجب اعتبار بعض الحول لتغير حال الصبي وجب تكميله قال
واذا ارضعت صبية حرمت على اصول زوجها واصولها وفروعهما واخواتها واخواتهما لبن الفحل
يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وابائه وابنائه فيكون المراة
ام الرضيع واولادها اخوته واخواته من تقدم منهم ومن تاخر فلا يجوز ان يتزوج الرضيع احدا
من اولادها لانهم اخوته ولا اولاد اولادها لانهم اولاد الاخ والاخت واباء المراة واجداده
وامهاتها جداته من قبل الام واخوة الام اخواله وخالاتها خالاته ويكون الزوج الذي انزل اللبن ابا
الرضيع واولاده اخوته واخواته واباؤه وامهاته اجداده وجداته واخوته واخواته اعمامه وعماته
لا يحل مناكحتهم احد منهن كما في النسب قال عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقال عليه السلام
ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاع ولان الزوج سبب لنزول اللبن فيضاف اليه في موضع الحرمة
احتياطا قال واذا ارضع صبيان من امراة كانا اخوين لان امهما واحدة وان كانا اثنين لم يجز لاحدهما ان
يجمع بينهما وكذا لو كان لرجل زوجتان ولد ثامنة ثم ارضعت كل واحدة صغيرا صار الرضيعان اخوين من اب
قال وان اجتمعا على لبن شاة فلا رضاع لانه لم يثبت الحرمة بينه وبين الام ليتعدى الى الاخ والام اصل في الحرمة
فتعدى منها قال ولا يعتبر اللبن اذا غلبه ماء او دواء او لبن شاة وقال الشافعي رحمه الله اذا كان اللبن
مغلوبا بحيث لا يتغذى به اصلا لا يتعلق به التحريم واذا صار مغلوبا بماء فان كان دون الغلبة وشرب
الصبي كله فقولان ووجه تعلق التحريم وجود اللبن ووصوله الى معدة الصغير حقيقة ولنا ان المغلوب
غير موجود حكما فان المغلوب كالمعدوم الا ترى انه لو حلف لا يشرب لبنا لم يتعلق به التحريم وان غلب

اللبن فالحكم للغالب لان اللبن ح يكون مقصودا فيه والدواء يستعان به على ايصال اللبن الى ايصاله
اليه بنفسه ق... لطه به اقوى في حق التغذية قال وان امتزج بلبن امراة اخرى تعلق بهما في رواية
وبها باغلبهما اذا امتزج لبن امراتين واحدهما غالب تعلق التحريم باكثرهما واغلبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر وهو رواية عن ابي حنيفة يتعلق التحريم بهما جميعا لان الجنس لا يغلب الجنس لانه لا يصير
مستهلكا به لتساويهما في المقصود والاصح منه ولهما ان الكل بالخلط صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر
في بناء الحكم المرتب عليه كما لو خلط بالماء او بلبن الشاة قال بعض اصحابنا وبه يصح تعلق التحريم بهما قال
وامتزاجه بالطعام لا حكم له وان غلب كالمطبوخ نبه بقوله وان غلب على مذهبهما مذهبهما فعنده اذا
امتزج اللبن بالطعام ان كان اللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان كان مغلوبا فلا يتعلق به ونبه بقوله
كالمطبوخ ومن التذايد على ان الخلاف يختص بغير المطبوخ واما اذا طبخ فيه فلا حكم له اجماعا غالبا كان
او مغلوبا لهما الاعتبار بالماء والدواء في امتزاجه بهما حيث ان الحكم للغالب وله ان اللبن صار تبعا
للطعام لان غير المائع يستتبع المائع ولا يؤكل ولا يشرب فصار الحكم للمستتبع وهو الطعام ولهذا لا يثبت
به الرضاع لو مسته النار قال ويحرم به بعد موتها اذا ماتت المراة ولها لبن فحلب واوجر به صبي تعلق
به التحريم عندنا وقال الشافعي لا يتعلق به التحريم لان المراة هي الاصل في ثبوت الحرمة ثم تتعدى منها غيرها
والموت يسقط المحلية الا ترى ان وطيها لا يوجب حرمة المصاهرة وهي ايجار لبن الميتة حرام فلا يكون سببا
لحرمة المصاهرة وهي نعمة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية باعتبار انتشار العظم وانبات اللحم وهو
قايم باللبن واذا تحقق المعنى الموجب للحرمة تثبت وان كان الايجار حراما على ما عرف في اصول الفقه والى
الحرمة في دفن الميتة وتيممها فانه اذا اوجر لبنها من صبيتين وزوجها ليتامن ينكح فزوجها صهرها هذه
الميتة يجوز له دفنها وتيممها واما الحرمة في الوطي فلان محل الحرث زال بالموت فافترقا قال وتعلق
بلبن البكر لا بلبن الرجل اذا نزل للبكر لبن فارضعت به صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص والثبوت
شبهة البعضية بالرضاع واما اذا نزل للرجل فارتضع منه صغير لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن
حقيقة ولا يتحقق منه النمو لانه انما يتولد ممن تتصور منه الولادة قال ولا بالاحتقان اذا احتقن الصغير
باللبن لم يتعلق به التحريم وروي ثبوت الحرمة اعتبارا بافساد الصوم والفرق على ظاهر الرواية ان فساد
الصوم يوصل نافع للبدن اليه والدواء بواسطة الحقنة نافع له والمحرم في الرضاع معنى النشو والنماء الموجب
لثبوت الحرمة بين المرضع والرضيع ولا يتحقق ذلك بالاحتقان بل يوصله الى المعدة قال ولو كانت ذات
لبن فطلقت وانقضت عدتها فتزوجت اخرى فحبلت وارضعت فحكمه من الاول حتى يلد وتثبت من الثاني

لمن كان رفيقا لاسنهما

محمد

محمد يقول احتمال كونه منهما قائم فيثبت الحرمة احتياطا وابو يوسف يقول ان علم كونه من الثاني بان
كان رقيقا فهو منه وان كان غليظا فلم يعلم الحال فهو من الاول لان الامارات يستدل بها في الاحكام فيظهر
منها ما يترتب على كل امارة مقتضاها وابو حنيفة يقول تبقيا لحكم الرضاع من الاول ووقع الشك في الثاني
فلا يرتفع اليقين بالشك واما الرقة والغلظة فهو تابع للغذاء فلم يصح الاعتبار بهما قال ولو ارضعت امراته
ابنة الكبيرة الصغيرة حرمتا لان الصغيرة تثبت الكبيرة رضاعا فيلزم الجمع كالابنت قال فان لم يدخل بالكبيرة
فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها قال وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت
لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها لكن ذلك غير معتبر في اسقاط حقها كما لو قتلت مورثها قال ويرجع به
على الكبيرة وشرطه له بعمد الافساد اذا ثبت للصغيرة نصف المهر عليه رجع به على الكبيرة وان كانت له قد
تعمدت افساد النكاح بالارتضاع وان لم تتعمد فلا شيء عليها عندنا مع علمها بانها امراته وقال محمد في رواية وهو
قول زفر والشافعي يرجع مطلقا تعمدت ذلك او لم تتعمد لان هذا الواجب كان على شرف السقوط بالجواز ووقوع
الفرقة من جانبها قبل الدخول فاكدته بالرضاع فصار بمنزلة الاتلاف فيضمن له بمنزلة شهود الطلاق قبل
الدخول اذا رجعوا ولنا انها وان اكدت ما كان بعرضية السقوط لكن اضافة الضمان قائم مقام الاتلاف
اما بطريق المباشرة او التسبب ولم يوجد منها المباشرة لان النكاح ارتفع الجمع بين الام والبنت
فلما كان فعل الارضاع جامعا كان الفساد مضافا اليه والتسبب يتوقف على صفة التعدي كحفر البئر
وانما يكون متعدية بواسطة قصد الافساد ولم تقصد فلم يتحقق شرط الضمان قال ولو ارضعتهما اجنبية
على التعاقب حرمتا والاختلاف فيه اذا كانت له امراتان رضيعتان فارضعتهما اجنبية حرمتا جميعا
وقال الشافعي حرمت الثانية وفي الاولى قولان لان الاختية يثبت بارتضاع الثانية فيحرم كما لو تزوج احدى
الاختين ثم تزوج الثانية ولنا ان الموجب لفساد النكاح ثبوت الاختية وهي ثابتة بينهما بالحال على السواء
فيعم الفساد لعموم العلة قال ولو قال هذه رضيعتي ثم اعترف بالخطأ نصدقه فيه اذا قال الرجل مشيرا
الى امراته هذه اختي من الرضاع او ام اخي او ابنتي ثم قال انا اخطأت او وهمت نصدق في ذلك
وقال الشافعي لا نصدق فيه ويفرق بينهما وهو القياس لانه اقر بسبب الحرمة فلا يسمع فيه الرجوع كالطلاق
مضافا كما لو قال عقيبه ان هو حق او اشهد عليه ثم رجع ولنا وهو الاستحسان انه مخبر عما لا يشاهد سببه
يقينا واحتمال وقوع الخطأ ظاهر فيصدق فيه بخلاف ما لو ثبت على الاقرار باعتراف انه حق لمكان
المناقضة بدعوى الغلط بعد ذلك الاستشهاد بمنزلة الثبات على الاقرار بل اكد قال ولا يثبت الرضاع
الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة

رجلين او رجل وامراتين

لان ثبوت الحرمة من لوازم زوال الملك في باب النكاح ثم الملك لا يزول بشهادة النساء منفردات فلا تثبت
الحرمة بخلاف اللحم لو اخبر مخبر انه ذبيحة مجوسي لان الحرمة لا يلازم زوال الملك لثبوت حرمة التناول
مع بقاء الملك العين فكان امرا دينيًّا يسمع فيه قول الواحد فلو شهدت امراة واحدة قبل النكاح انها
رضعت فلانا او فلانة فهذا لا يصح فيحق لذلك الرجل ان يتزوج تلك المراة لان هذه الشهادة تتضمن بطلان
حق العبد الثابت بالاستدلال ولاية التكذيب بناء على ان الرضاع في العادة يقع مشهورا ولو كان ما بها
لا تشتهي بعدمه دليل على عدمه ظاهرا عادة والتكذيب بناء على الظاهر معتبر بخلاف ما لو شهد واحد رجل
او امراة على نجاسة الماء وكون اللحم ذبيحة مجوسي حيث تقبل ولو كانت الشهادة متضمنة بطلان حقه الثابت
وهو حق التناول لعدم ولاية التكذيب ههنا لخفاء طريق النجاسة والذبح فيكون تكذيبهم جزافا غير مستند
الى ظاهر فلم يعتبر

كتاب الطلاق

قال الطلاق في اللغة ازالة القيد من الاطلاق يقول اطلقت ابلي واسيري وطلقت امراتي وهو في
الشرع رفع الحل الذي به صارت المراة محلا للنكاح اذا تم العدد ثلثا وزوال الملك باعتبار سقوط تقدم
انقضاء العدة في المدخول بها ولعدم العدة عند عدم الدخول او للاعتياض عنه الخلع بالاسم شرعي فيه
معنى اللغة وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن
وقال عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي والاجماع منعقد على وقوعه ولان استيفاء
البضع ملك الزوج فيملك ازالته كسائر املاكه ولان شرعية النكاح لتحصيل مصالح الدينية والدنياوية
وربما انقلب متحكما فيصير البقاء على النكاح مستلزما للفساد من التباغض والتنافر والعداوة فشرع
الطلاق دفعا للفساد واذا وقع بغير حاجة كان مباحا مكروها قال عليه ابغض المباحات الى الله تعالى
الطلاق واحبها اليه الاعتاق قال واذا وقع طلقة في طهر لم يجامعها فيه وتركها حتى تنقضي عدتها فقد
اتى باحسن الطلاق الطلاق ينقسم الى احسن الطلاق والى طلاق السنة والى طلاق البدعة فاحسن
الطلاق ان يطلق الرجل امراته طلقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه وتركها حتى تنقضي عدتها لما روى ابراهيم النخعي
ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ان يطلقوا للسنة واحدة ثم لا يطلقوا غيرها حتى تنقضي عدتها وفي
رواية كان ذلك احسن عندهم ان يطلق الرجل ثلثا في ثلثة اطهار ولان ذلك ابعد من الندامة فانه اذا
جامعها ربما حبلت فاذا طلقها ثم ظهر الحبل يندم وكلما كان ابعد من الندامة كان اقرب الى الاباحة الانه
ان في ايقاع الثلث قطع باب التدارك والتلافي وفيه معارضة الشرع فان الاستباحة في الاصل لا يتعدد
كالعتاق وغيره وانما جعل الشرع الطلاق متعددا لمعنى التدارك عند الندم فلا يجوز له تفويت هذا المعنى

في نفسه وقد حصله الشرع له كما في حالة الحيض فلما كان لثبوت التدارك ثم في الحرمة كان لما منعوا بعد كونه
اثرا في الاباحة بالضرورة قال وان وقع ثنتين او ثلثا دفعة واحدة وقع وكان بدعة هذا هو طلاق
البدعة وهو ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثنتين بكلمة واحدة او يوقع الثلث او ثنتين في طهر واحد وقع وكان
بدعة اي هذا او توقع الثلث او ثنتين فاذا فعل ذلك وقع الطلاق فكان عاصيا عندنا خلافا للشافعي له
انه تصرف مشروع ولهذا ترتب عليه حكمه والمشروع مع الحظر لا يجتمعان بخلاف الطلاق حالة الحيض
لان الحرام ثمه تطويل العدة عليها لا نفس الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع مصالح
النكاح والاباحة لضرورة الحاجة الى الخلاص وهو حاصل بدون الجمع بين الثلث فكان الجمع اضاعة حق نفسه
من غير حاجة فيكره فلا تنافي بين المشروعية باعتبار ذات الطلاق وبين الحظر لمعنى في غيره وانما تفريق
الطلقات على الاطهار فبناء على قيام دليل الحاجة فان الحاجة في نفسها باقية فقد لا يمكنه نفسه ان يقع
في شر صحبتها باسا بالمراجعة فيريد سد الباب على نفسه بالثلث فامكن قيام الدليل عليها وقد اختلفت
الروايات في الواحدة البائنة قال في الاصل اخطا السنة لعدم الحاجة الى اثبات هذه الصفة الزائدة
في الخلاص وذكر في الزيادات انه لا يكره نظرا الى وجه الحاجة الى الخلاص ناجزا قال فان فرقها ثلثة
اطهار اي بالسنة وهو احفظ وطلاق الواحدة هذا طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار
وقال مالك هذا بدعة وليس طلاق السنة الا ان يطلقها واحدة ويصبر حتى تنقضي عدتها لان الاصل
فيه الحظر والاباحة لحاجة التخلص وهو حاصل بالواحدة ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنه ان من السنة
ان تستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل طهر تطليقة ولان الحكم مدار على دليل الحاجة والاقدام على الطلاق
في الطهر الخالي عن الوقاع وهو حال تجدد الرغبة دليل على شدة الحاجة فكانما تكررت بدلالة تكرر الاقدام
ثم قيل ان الاول هو المتاخر الى اخر الطهر تحرزا عن تطويل العدة وقيل هو لا يظهر ان يطلقها كما طهرت لانه اذا
اخر وقد يجامعها ومن قصده ان يوقع الطلاق عقيب الوقاع فيخرج عن السنة قال واذا قال للمدخول بها
انت طالق ثلثا للسنة تقسمت على الاطهار واعتبرنا نية الجمع اما الاول فلان اللام في قوله للسنة او
لوقتها ووقت السنة طهر خال عن الجماع فيقسم على ثلثة اطهار لما مر واذا نوى وقوع الثلث في الحال صحت
نيته عندنا وقال زفر لا يصح وينفرق على اوقات السنة لانه ما لا يحتمله لفظه لانه نية الجمع بدعة فلا يصح
من لفظ السنة ولنا ان السنة على نوعين سنة في الايقاع وسنة في الوقوع يعني ان وقوع الثلث
جملة وهو معلوم من السنة مذهبنا لا اهلها لقوله عليه السلام للذي طلق امراته الفا الثلث يكفيك والباقي
رد عليك فاذا نوى الثاني يصح نيته لانه محتمل لفظه قال ويعتبر السنة في العدد المدخول بها وغيرها ويختص
في الوقت

المدخول بها بان يطلقها في طهر خال عن الوقاع طلاق السنة على نوعين سنة من حيث العدد وسنة من
حيث الوقت قال رحمه الله من حيث العدد يستوي فيه المدخول بها وغير المدخول بها كما مر الكلام فيه واما
السنة في الوقت فيختص بالمدخول بها وهو ان يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه وهذا لا يتصور الا
في المدخول بها خاصة لان المراعى هو دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو
الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض وهو زمان النفرة فلم يتحقق دليل الحاجة قال واجزنا طلاق غير
المدخول بها في الحيض من غير كراهة غير المدخول بها لجواز طلاقها في حال الحيض عندنا وعند زفر يكره
لان قيام نفرة الطبع والمنع الشرعي فيه لا يختلف بالمدخول وعدمه وصارت كالمدخول بها ولنا
ان الرغبة لا تفتر عن غير المدخول بها حائضا كانت او طاهرة حتى تحصل مقصوده بخلاف المدخول بها
حالة الحيض لمعنى تطويل العدة وهذا المعنى مفقود في غير المدخول والمسألة من الزوائد قال وان كانت
لا تحيض لصغر او كبر طلقها للسنة واحدة واجزناها عقيب الوقاع كالحامل ثم بعد كل شهر اخرى
اذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى
لقيام الشهر مقام الحيض في حقها خاصة دون الطهر في الاصح لانه يتجدد الاستبراء في حق الايسة
بالشهر والاستبراء بالحيض يقع ابدا بالطهر وله ان يطلقها عقيب الوقاع وقال زفر لا يطلقها في الحال لكن
بعد شهر لان الشهر قائم مقام حيضة فوجب الفصل بين الوطئ والطلاق بالحيض ولان بالوطئ افترت
الرغبة وانما تتجدد بالزمان ولنا ان الايسة والصغيرة عدتها بالاشهر فيباح ايقاع الطلاق عليها
عقيب الجماع بمنزلة الحامل لان ايقاع الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض انما كره لتوهم الحبل فتشتبه
وجه العدة وهذا المعنى مفقود هنا والرغبة وان قلت من جهة اخرى وهو ان يطاها غير علوق فيبقى الرغبة
كزمان الحبل وقوله كالحامل تنبيه على حكم ايقاع الطلاق في حقها فيجوز عقيب الجماع لا يؤدي الى اشتباه وجه
العدة مع ان زمان الحبل زمان الرغبة من جهة ان وطئها غير معلق فرارا من كون الولد ومن جهة الرغبة
فيها لمكان ولده فيها ولا تعقد الرغبة بالجماع قال وجعل طلاقها للسنة واحدة وقالا ثلثا تخلل كل طلقتين
شهرا اذا اراد ان يطلق الحامل للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى
وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وانما ورد الشرع بالتفريق على
فصول العدة بناء على قيام دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق زمان تجدد الرغبة تخلل زمان تفتر فيه
الرغبة كزمان الحيض والشهر في الايسة والصغيرة اقامة للشهر مقام الحيض وزمان الحمل كله تجدد الرغبة
لانتفاء تخلل زمان الفتور ولا يكون الشهر من فصول العدة في حقها فصارت كالممتد الطهر ولهما ان اباحة
الطلاق

معلل

معلل بالحاجة والشهر دليل الحاجة كما في الايسة والصغيرة ولان زمان تجدد الرغبة على ما عليه الطبيعة
الصحيحة يصلح علما ودليلا واما الممتد الطهر فالعلم هو الطهر وهو مستمر موجود دليلا بخلاف الحامل ولا اعتبار
بفصول العدة قال واذا قال لامراته الصغيرة انت طالق ثلثا للسنة يقع في الحال واحدة فاذا مضى شهر
وقعت اخرى ثم اذا حاضت يلزمها استيناف والطلقات الثلث وقعت على وجه السنة فعرفنا انه
لا اعتبار بفصول العدة ثم الحامل لا تختص والشهر في حق من لا تحيض فصل في فصول العدة في حق
انقضاء العدة وتفريق الطلاق ولكن في حق انقضاء العدة وجدنا ما هو اقوى من الشهر وهو وضع الحمل
في حق التفريق بالطلاق لم نجد ما هو اقوى من الشهر فصلا من فصول العدة في تفريق الطلاق وان لم يبق
في حق انقضاء العدة كما في الصغيرة اذا حاضت قال كلما ولدت ولدا فانت طالق السنة فانه ثلث
في بطن حكم بواحدة عقيب الاول با نقضاء عدتها بالثالث وبالثانية ان تزوجها الا عنده وقالا يقع واحدة
بعد نفاسها واخريان في طهرين رجل قال لامراته كلما ولدت ولدا فانت طالق للسنة فولدت ثلثة
اولاد في بطن واحد قال محمد يقع طلقة واحدة عقيب ولادة الولد الاول ثم لا يقع بولادة الثاني شئ بل
يكون مضاف الى وجه زمان السنة وتنقضي عدتها بوضع الثالث ولا يقع به شئ او لا يكون مضافا فان
تزوجها بعد ذلك وقعت تلك الطلقة الثانية المضافة الى زمان السنة ثم لا يقع بعدها شئ وقال ابو حنيفة
وابو يوسف اذا تعالت من نفاسها بعد ولادة الثلث وقعت واحدة فاذا حاضت وطهرت وقعت الثانية
واذا حاضت اخرى وطهرت وقعت الثالثة وهذا الخلاف مبني على اصلين احدهما ان الحامل لا يطلق للسنة
الا واحدة عند محمد وعندهما يطلق للسنة ثلثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر والاصل الثاني ان النفاس من الولد
الاخير عند محمد وزفر وعندهما من الولد الاول فنقول اذا ولدت الاول فالزمان المتعقب فيه زمان
السنة عنده لانها ليست بنفاس وهي حامل فيطلق للسنة واحدة ثم يفوت زمان السنة في حقها لانها
لا تطلق عنده اكثر من واحدة فاذا ولدت الثاني لم يقع شئ الان لفوات وقت السنة لكن يصير مضافا الى
زمان السنة فاذا وضعت الثالث وهي حامل مطلقة انقضت عدتها بوضع الحمل فان تزوجها بعد ذلك
طلقت الثانية المضافة لوجود وقت السنة الثالث فاذا تعالت من نفاسها وجد زمان السنة
الان ثم لا يقع شئ بعد ذلك لان الكلام الثالث الذي صار كالملفوظ به عند ولادة الثالث صادف انقضاء
العدة فلم ينعقد واما عندهما فالنفاس لما كان في الاول لم يكن الزمان المتعقب له زمان السنة لكونها نفساء
فيصير مضافا الى زمان السنة ولما كانت الحامل تطلق عندهما للسنة ثلثا يصير الطلاق الثاني عند
وضع الثاني مضافا الى زمان السنة ايضا وكذلك بوضع الثالث فيصير الطلاق الاول مضاف فاذا
حاضت وطهرت

يعني الثاني ثم الثالث **قال** واذا طلق في الحيض وقع بدعيا ويستحب الرجعة لقوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن وحال الحيض ليس حال عدة الطلاق الموقع فيه لقوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما
لما طلق امرأته حائضا مره فليراجعها حتى يطهر ثم ان شاء طلق وان شاء امسك فتلك العدة التي امر الله تعالى
ان تطلق لها النساء وفي رواية اخطأ السنة مره فليراجعها امر بمراجعتها واخبر بان حال الطهر
حال العدة التي امر بالطلاق فيها وفي حديث آخر ان عمر قال يا رسول الله ارأيت ان طلقتها ثلثا اذا بانت
منك وعصيت ربك وفيما رواه دليل على استحباب الرجعة وكون الطلاق في الحيض محرما الا انه لما كان
التحريم لمعنى في غيره وهو ما فيه من اذاها وتطويل العدة عليها ما كان الطلاق واقعا لان النهي عنه
في غيره لا يمنع وقوع المنهي عنه كالنهي عن البيع وقت النداء وكان ايقاع الثلث جملة من حيث سد باب التدارك
الذي لاجله شرع تعدد الطلاق على ان الامر بالمراجعة دليل وقوع الطلاق ضرورة ولانه ازالة للملك
فلم يختص وقوعه بزمان دون زمان كالعتق ثم مذهب مالك ان الطلاق في الحيض كان رجعيا اجبر
على المراجعة اخذا بظاهر الامر في قوله فليراجعها ولان المراجعة حالة بدفع الضرر عنها واختلف
اصحابنا والشافعي حملوا ذلك مستحبا وحملوا الامر في ذلك على الندب وان كان واجبا و
المندوبات لان عقد النكاح في نفسه من المباحات
والرجعة الى فعل مباح ومندوب لا يكون واجبا **قال** ثم الطهر الذي يليه لا يكره الطلاق
فيه وكذا الطلقتان تخللتهما رجعة في طهر او شهر والثلث للسنة في حال منتها شهوة وقال ابو يوسف
على الاطهار هذه اربع مسائل منشاء الخلاف فيها اصل واحد الاولى اذا طلق امرأته المدخول بها حال
الحيض وراجعها ثم طهرت وطلقها في هذا الطهر فعند ابي حنيفة لا يكره وقال ابو يوسف السنة ان ينتظر
الطهر الثاني والثانية طلق امرأته في الطهر ثم راجعها فيه ثم طلقها ثانية فيه ايضا لم يكره عنده خلافا لهما
والثالثة طلق امرأته الآيسة في شهر ثم راجعها فيه ثم طلقها ثانية فيه لا يكره عنده خلافا لهما والرابعة
اذا مس امرأته بشهوة وقال انت طالق ثلثا للسنة يقع في الحال متواليات عنده وعندهما
يقع واحدة في هذا الطهر واثنتان في طهرين آخرين ومنشاء الخلاف ان حكم الطلاق يرتفع بالرجعة عنده
ويصير كان لم يكن وعندهما لا يرتفع لهما ان عدد الطلقات ينتقص بالطلقة الاولى وهذا الحكم باق
ابدا ولان الطهر الواحد او الشهر الواحد بالطلاق الواحد خرج من ان يكون محلا لطلاق السنة الاولى الا ترى
انه لو وقع الثاني قبل الرجعة كره وكذا بعدها لان الزمان لا يتجدد بها وكذا خرج الطهر المتعقب بالحيض
من ان يكون محلا للسنة كما يخرج بالوطي ولهذا لو طلق فيه قبل الرجعة كره وبالرجعة لم يتجدد الوقت ولان
السنة ان يفصل بين كل تطليقتين بحيضة تامة ما لو حصل هنا بعض تطليقة فيكمل بالثانية لانه لا يتجزى
فتكاملت

فتكاملت وفي الشهر يقوم مقامهما حكما وله ان حكم الطلقة الاولى ارتفع في حق هذا الحكم حيث ان الكراهية
انما تثبت باعتبار عدم الحاجة الى الثانية لان الاولى انعقد سببا لوقوع الفرقة عند انقضاء العدة
فاسب الكراهية بوجود الحاجة واما الكراهية قبل الرجعة فباعتبار الجمع فاذا ارتفع حكم الاولى انتفى
الجمع وفي المسئلة الرابعة يحصل مسه لها بشهوة عند وقوع الطلقة الاولى راجعة وكذلك عند الثانية ومس
بالثانية **فصل في ايقاع الطلاق** ويقع طلاق غير الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام
كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان العقل شرط الاهلية وقد عدماه والنائم وان كان اهلا لكنه
عديم الاختيار **قال** ومن الاخرس بالاشارة لمساس الحاجة الى الحكم بايقاع طلاقه لحاجته اليه فاقيمت
اشارته المعهودة منه مقام عبارته دفعا لحاجته **قال** ويقع طلاق السكران والمكره اما طلاق السكران
فواقع عندنا واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي والصحيح من مذهبه الوقوع ووجه
عدم الوقوع ان القصد الى الطلاق يعتمد صحة العقد والعقل زائل كما زال بدواء او بنج ولنا ان السكران
من الخمر والنبيذ زال عقله بسبب هو معصية فجعل عقله باقيا حكما زجرا وهذا اذا لم يزل بتجدد صداع عقيب
شربها حتى لو شرب فصدع فزال عقله بالصداع لم يقع طلاقه لان الزوال حينئذ ليس بسبب هو
معصية واختيار ابي الفضل الكرماني الفتوى على قول الطحاوي والكرخي واحد قولي الشافعي واما طلاق
المكره فواقع عندنا وقال الشافعي لا يقع لان قصد الايقاع يعتمد صحة الاختيار والمكره عديم الاختيار كالهازل
الهازل لكونه مختارا المتكلم بلفظ الطلاق ولنا ما روي ان امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره
ومعها شفرة وقالت طلقني ثلثا والا قتلتك فناشدها الله ان لا تفعل فابت فطلقها ثلثا ثم ذكر
ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة في الطلاق ولانه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته باختياره
لانه عرف الشرين فاختار اهونهما الا انه غير راض بحكمه فكان كالهازل ثم عندنا كل ما صح فيه شرط
الخيار فالاكراه يؤثر فيه كالبيع والاجارة ونحوها وما لا يصح الشرط فيه لا يؤثر فيه الاكراه كالنكاح والطلاق
والعتاق ونحوه **قال** ويعتبر عدده بالنساء لا بالرجال عدد الطلاق معتبر بالنساء عندنا وطلاق الامة
ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي اعتباره بالرجال
حتى لا يملك العبد ان يطلق امرأته ثلثا حرة كانت او امة ويملك الحر الثلث حرة كانت امرأته او امة
لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان الملك من صفات الكمال لانها كرامة
المختص بالآدمي والعبد آدمي من وجه والحر آدمي من كل وجه فكان احق بالمالكية الكاملة والعبد بالناقصة
ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان الطلاق تصرف في ملك النكاح تصرفا في البضع

الحق القادر بالمحل في الامة على النصف منه في الحرة فيثبت الملك بقدره ليتمكن من ابطاله فلا يبقى على
قدر الملك لاستحالة ابطال ما ليس بثابت الا ان الطلاق لا يتجزى فتكاملت كالحيضة وما رواه محمول
على ان الايقاع بالرجال ولو ملك امراته او شقصا منه او ملكت زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة بينهما لان المالكية تمنع ابتداء النكاح
فيمنع البقاء كالمحرمية والمصاهرة والرضاع ولو اشتراها ثم اعتقها وطلقها في العدة او خرجت مسلمة ثم
خرج بعدها وطلقها يلغيه بهما وواقعة بان المتقدمان الاولى امراة حرة لها زوج عبد فاشترته ثم اعتقته
وطلقها وهي في العدة لا يقع الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وقال محمد يقع وهو قوله اولا لان كونها
في العدة يقتضي مالكية الطلاق الا انه كان يعارضه قيام ملك اليمين المنافي لمالكية الطلاق حال بقيته
فاذا اعتقته سلم المقتضي عن المعارض فيقع الطلاق لحصوله بعد عتقه ولابي يوسف ان مالكية الطلاق
ان يقتضي ملك اليمين لانه ينافيها من حيث انه ينافي النكاح الذي هو شرط لمالكية الطلاق والمنافي
للشرط مناف للمشروط واذا انتفت ذلك [illegible] تقتضي مالكية الطلاق [illegible] والابطال
فيترتب عليه موجبه ولابي يوسف ان تباين الدارين مستلزمة البينونة بينهما وزوال ملكه عنها فاذا
زال زال النكاح الذي هو شرط مالكية الطلاق زالت مالكية الطلاق فلا يعود [illegible] ولابي حنيفة قول في
هذه المسألة لانها عدة عليها عنده على ما مر قال ولم يفرق [illegible] الحكمين اذا تشاجر الزوجان فنصبا
حكمين بينهما واجتمعا وتكلما ورايا المصلحة في التفريق بينهما ففرقا صح ذلك عند مالك لرضاهما عليهما وعندنا
لا يقع لان رضاهما انما كان بما فيه اصلاح ذات البين كما قال الله تعالى ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما

فصل في الصريح والكناية واضافة الطلاق قال ويحتاج صريحه الى النية كطالق ومطلقة
وطلقتك فيقع واحدة رجعية ويلغو نية الثلاث والثنتين ويقع بانت الطلاق وطالق الطلاق وطلاقا واحدة
الا ان ينوي الثلث ويلغو الثنتين مستعملا الطلاق ينقسم الى صريح وكناية والصريح لا يحتاج الى نية لكون
اللفظ فيما وضع له شرعا فكان حقيقة فيه فاستغني عن النية والصريح نوعان الاول بانت طالق ومطلقة
وطلقتك والنوع الثاني انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا او انت طلاق والصريح
كله يعقب الرجعة لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن ولو نوى الابانة فهي رجعي لانه نوى ضد
ما وضع له شرعا فيلغو ولا في الاول من النوعين لا يصح فيه نية الثلث ولا الثنتين عندنا وقال الشافعي يصح
لانه نوى ما يحتمله لفظه فانه لو قال انت طالق واحدة او ثنتين او ثلثا انتصب هذا للتمييز والتمييز
تعيين احد محتملات اللفظ كما في الكنايات ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان طالق نعت
لفرد يقال للواحدة طالق وللثنتين طالقان وللثلاث طوالق ونعت الفرد لا يحتمل العدد لانه ضده

وانتصاب

المطلقات

وانتصاب واحدة وثنتين على التمييز لوقوع ذلك بعد فاني قول القائل انت طالق الطلاق وطالق
الثلث وانما انتصب لقيامه مقام المصدر اي طالق تطليقة واحدة وطالق تطليقتين او ثلث تطليقات
والمنصوبات جميعا لا ضرورة اصلا الكلام اليها ولا دلالة عليها دلالة لفظية فلم يكن من محتملات اللفظ بخلاف
الكنايات ليتنوع نفس اللفظ كالباين الى البينونة كاملة او ناقصة ومطلق يحتمل نوعيه فصحت نية الكاملة
منها واما النوع الثاني فيقع به واحدة رجعية لما ذكرنا في النوع الاول وهي في هذا النوع ذكر المصدر وانه
يزيد تاكيدا فالوقوع به اولى في قوله انت الطالق وصفها بالمصدر مبالغة كرجل عدل اي عادل وامراة
طلاق اي طالق كتب الكشاني الى محمد بن الحسن ما قول القاضي الامام فيمن قال لامراته فان ترفقي يا هند فالرفق
ايمن فان تخرقي فالخرق اشأم فانت طالق والطلاق عزيمة ثلث ومن يخرق اعق واظلم كم يقع من الطلاق
وقال اما بالنصب ما يقع فكتب اليه محمد ان كان قال ثلث بالرفع يقع واحدة ويكون ثلث بالرفع يقع واحدة
ويكون ثلث خبرا عن قوله والطلاق وان كان قال ثلثا بالنصب يقع ثلث تطليقات فانه صفة لتطليق
بضميره انت طالق تطليقات ثلثا ونية الثلث في هذا النوع صحيحة دون نية الثنتين خلافا لزفر وخلافه
من الزوايد انه اذا صحت نية الثلث يستلزم ذلك صحة نية الثنتين لانها بعض الثلث ولنا انه ذكر المصدر
وهو واحد فوجب رعاية الواحدة فيه اما حقيقة واما حكما فعند الاطلاق وجب حمله على الواحد حقيقة وحكما
لكونه متيقنا به وعند نية الثلث يحمل على الثلث لانه واحد حكما باعتبار انه كل الجنس والجنس كل شيء واحد
باعتبار الذات وان اشتمل على الافراد واما نية الثنتين فهي عدد محض وليس فيه واحدة حكما باعتباره
لا حقيقة ولا حكما فلم يصح لان الفرد لا يحتمل العدد فكان نادما ما لا يحتمله لفظه حتى لو كانت المطلقة امة صحت
نية الثنتين لان الثنتين كل جنس طلاقها كالثلث في الحرة قال ويفتقر الكناية الى حالة الرضا كباين
بتلة بتة حرام حبلك على غاربك الحقي باهلك خلية برية وهبتك لاهلك سرحتك فارقتك امرك بيدك
انت حرة تقنعي استتري تخمري اخرجي اعزبي اذهبي ابتغي الازواج ويقع حال مذاكرة الطلاق في القضاء
بما يصلح جوابا لا ردا فان انكرها صدق فيما يصلح لهما ويصدق حالة الغضب الا فيما يصلح جوابا
لا غير وجعلها بوائن لا رواجع ويصح فيه الثلث والغيا نية الثنتين واخصو يوقعوا بها ثلثا ولم يخصوا
نية الواحدة بغير المدخول بها واوقعنا بانت واحدة رجعية كاعتدي واستبرئي رحمك لا بانية النظر
في الكنايات من حيث الفاظها ومن حيث احوال الالفاظ ومن حيث موجباتها واحكامها وهذه الجملة المشتملة
على ذلك مع ما فيها من الاختلاف اما ما يتعلق بالفاظها فنقول هي ثلثة منها ما يصلح جوابا لا غير وهي اربعة
بتلة امرك بيدك اختاري اعتدي ومنها ما يصلح جوابا وردا لا غير وهي سبعة اخرجي اذهبي اعزبي

قومي تقنعي استبرئي تخمري ومنها ما يصلح جوابا وردا وسبا وهي خمسة خلية وبرية بتة باين حرام
واما ما يتعلق باحوال الالفاظ فثلثة احوال حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب
اما حالة الرضاء فلا يقع الطلاق بشيء من هذه الالفاظ الا بالنية لانها الفاظ غير موضوعة للطلاق بل تحتمله
وتحتمل غيره ولا دلالة على المراد من حال ظاهرة فلا بد من النية لتعيين المراد والقول قوله في انكار النية مع اليمين
لانها لا تعلم الا من جهته والقول قول الامين مع اليمين اما في حالة مذاكرة الطلاق فيقع الطلاق في القضاء
بما يصلح جوابا لا غير لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سوال الطلاق والنية انما يراد لتعيين المراد وحالة مذاكرة
الطلاق ادل على الاطلاق فقد اراد ابطال حكم الظاهر فلا يصدق لكن يدين فيما بينه وبين الله تعالى وان كان
ما تلفظ به يصلح جوابا ويصلح ردا وانكر النية صدق لان تلك الالفاظ تحتمل الرد وهو الادنى فيحمل عليه واما
حالة الغضب فاذا انكر النية صدق في الكل الا فيما يصلح جوابا فيحمل طلاقا واما النظر في احكامها فنقول الفاظ الكنايات
فيما يرجع الى ترتيب الاحكام عليها قسمان الاول ما عدا الالفاظ الثلثة التي يقع بها الطلاق الرجعي وهي انت واحدة
واعتدي واستبرئي رحمك فيقع بما عداها الطلاق باينا ويصح فيه نية الثلث ولا يصح نية الثنتين فيقع بها باينة
ايضا وقال الشافعي الكنايات كلها رواجع وقال مالك يقع بها ثلث عند نية الطلاق وبنية الواحدة مخصوصة
بغير المدخول بها لان غير المدخول بها تبين بالواحدة في الصريح وتحرم وكذلك بالكناية واما المدخول بها فاذا
طلق بلفظ الكناية فمقتضاه التحريم والحرمة لا تثبت الا بالثلاث وللشافعي ان الواقع بهذه الالفاظ لكونها كنايات
عنه ولهذا شرطت النية انتقص عدد الطلاق فيكون معقبا للرجعة كالصريح ولنا انها جواب عن الالفاظ
الثلثة لان التصرف بالابانة صدر من اهله مضافا الى المحل عن ولاية شرعية والحاجة ماسة الى اثباتها صيانة لنفسه عن الوقوع
في عدتها بالمراجعة من غير قصد وهذه الالفاظ ليست كنايات عن الطلاق حقيقة فان الكناية ان تقصد معنى فتعبر
عنه بغير لفظه ولا يذكر لفظ الكناية كقولك فلان كثير الرماد وطويل النجاد يريد به وصفه بكثرة القرى والشجاعة
لا بكثرة الرماد حقيقة ولا بطول النجاد وهذه الالفاظ عاملة بحقايقها فان قوله باين اذا اراد به احد نوعية
البينونة من النكاح دون العمل مثلا وقعت البينونة بحقيقة قوله باين لا بالطلاق وانما سميت كنايات
لانها تفتقر الى النية فاذا تعين المراد عملت بحقايقها واما انتقاص العدد فلثبوت الطلاق في ضمن ثبوت
البينونة المقصودة ثم لما كان المقصود بها هو البينونة وهي منقسمة الى غليظة وخفيفة فعند الاطلاق تتعين
الخفيفة للتيقن بها فاذا نوى الغليظ بالثلاث وقعت واما نية الثنتين فيصح عند زفر لما ان صحة
الثلث تستلزم صحة الاثنين لانها بعضها وعندنا لا يصح ويقع واحدة باينة لان الثنتين عدد واللفظ لا يحتمل العدد
فان قوله حرام وباين كلمة واحدة فليس فيها احتمال التعدد بل المراد عند النية وقوع الحرمة وهي منقسمة الى غليظة

وخفيفة

وخفيفة فيحمل عند الاطلاق على الخفيفة للتيقن بها فاذا اراد الغليظ وهي الثلث في الحرة تعينت بنصه
والثنتان لا حرمة فيها في حق الحرة فلم يصح ايرادها من لفظ لا يحتمله بخلاف الامة لثبوت الحرمة الغليظة
في حقها بالثنتين فصاحب المنظومة صور الخلاف في قوله انت حرام والخلاف في الالفاظ كلها كما ذكره صاحب
الهداية واما القسم الثاني فالالفاظ الثلثة وهي اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة يقع بها الطلاق الرجعي
ولا يقع الا واحدة اما الاول فلانه عليه السلام قال لسودة بنت زمعة اعتدي ثم راجعها ولانه امر بالاعتداد
فيحتمل الاعتداد من الطلاق على وجه الطلاق سابقا عليه كانه قال طلقتك فاعتدي ويحتمل اعتدادي نعم الله تعالى
فاذا نوى الاول تعين وكان الطلاق مضمرا فيه فاعقبت الرجعة واما الثانية فلان الامر بالاستبراء يستعمل
في الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته فيكون امرا بالاستبراء على ما سبق الطلاق ويحتمل
ان يكون امرا به لتطلقها فاذا نوى الاول تعين معقبا للرجعة واما الثالثة وهي قوله انت واحدة فعند زفر
يقع بها طلقة باينة لانها من الالفاظ الكنايات لافتقارها الى النية فيعتبر بسائر الكنايات ولنا ان كونها
من الكنايات باعتبار انه نوى يحتمل النعت وهو الطلاق دون وصفها بالواحدة اي بالتوحد في قومها او في حسنها
فكانه مقصد لها يقول انت ذات طلقة واحدة فالواحدة نعت الطلقة المحذوفة التي اضيف اليها ذات وحذف
المضاف والمضاف اليه واقيم الصفة مقام المضاف كقول كعب بن زهير وما سعاد غداة البين اذ رحلوا
الا اغن غضيض الطرف مكحول اي الا [illegible] اغن فيقع بهذا اللفظ عند النية ما يقع بقوله ذات طلقة
واحدة ولكن معقبة للرجعة وقد قال بعض اصحابنا اذا اعرب الواحدة بالرفع لا يقع شيء وان نوى لانه صفة
لشخصها وان نصبت يقع واحدة وان لم ينو لانه صفة مصدر محذوف كانه قال انت طالق طلقة واحدة وان
وقف بدون اعراب افتقر الى النية الا ان الصحيح ما ذهب اليه عامة المشايخ ان الكل سواء لعدم تميز العامة
بين وجوه الاعراب فلا يبنى عليه حكم يرجع اليه تفريع فلو قال اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاول
طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء بشهادة الظاهر له حيث امر بالاعتداد عقيب الطلاق وان قال لم
انو بالباقي شيئا فهو ثلث لانه لما نوى بالاول الطلاق صارت الحال حال مذاكرة الطلاق فيطلق بدلالة الحال
ولا يصدق في نفي النية فلو قال لم انو بالكل شيئا صدق لعدم تكذيبه فلو خص الثالثة بنية الطلاق وقعت
واحدة لان الاولين خليا عن النية وعن دلالة الحال قال ولو جعل الواحدة في المدخول بها ثلثا
اذا طلق امراته المدخول بها طلقة واحدة وقال بعد ذلك جعلتها ثلثا يقع الثلث عند ابي حنيفة وقالا لا يقع
الا واحدة لانه ذكر ابطال خيار الرجعة وهو ثابت عقيب طلاق المدخول بها فلا يصح كما لو صرح باسقاطه
على ان الواحدة لا يمكن ان يكون ثلثا ولهذا لم يصح نية الثلث ابتداء فلا يملكه انتهاء وله ان الواحدة تصير ثلثا

بضم الا اثنين اليه فيجد عليه سوى الكلام الهاتك عن الالغاء كانه قال جعلتها ثلثا بضم طلقتين اليها
فيقع الثلث كما لو صرح بذلك قال وان طلقها جعلها بائنة اذا طلق امراته طلقة رجعية ثم قال جعلت
ذلك الطلاق بائنا قال ابو حنيفة وابو يوسف يصير بائنا ومحمد لا يصير بائنا لاستلزام ابطال خيار
الرجعة الثابت شرعا وليس للمكلف ابطال ما هو ثابت شرعا بخلاف ما لو طلقها بعد ذلك بائنا امتنع
ان يثبت له الخيار بالتنصيص على الابانة وانه ممكن واما ابطاله بعد الثبوت فغير ممكن ولهما انه مالك
الطلاق ولوصفه بالبينونة ابتداء فاذا لم ينص على الوصف كان ممتنعا عن استيفائه متبقيا بالاصل
وكونه رجعيا ليس باعتبار موجب الطلاق بل باعتبار امتناعه عن تحصيل الوصف فاذا استوفى الوصف
بالحاقه بالاصل صح ولو نص عليه ابتداء كالوكيل بالشراء والبيع يملك العقد النافذ فيملكه باصله ووصفه ويملك
لحاق الوصف حتى لو عقد فضولي ما امره الوكيل يملك بالاجازة وتنفيذه قال ولو قال لست امراتي او ليس
زوجك او ما انا او ما انت لي بامراة او زوج او قال لست لك بزوج او ما انا لك بزوج ونوى الطلاق وقع
عند ابي حنيفة وقالا لا يقع الطلاق نوى او لم ينو لانه نوى ما لا يحتمله لفظه فيلغو لان هذه الالفاظ انكار
الطلاق لانها انكار النكاح الذي هو شرط الطلاق وانكار الشرط انكار المشروط فلا يصح نية الطلاق من
عبارات هي انكار له كما لو قال لم اتزوجك او ما انت بامراتي وله انه نوى ما يحتمله لفظه لانه كما يصلح لانكار الطلاق
يصلح لانشاء الطلاق كانه قال لست بامراتي لاني ابنتك فاذا نوى الطلاق فقد نوى الطلاق فقد نوى
ما يحتمله لفظه كما قال لا نكاح بيننا ونوى الطلاق بخلاف قوله لم اتزوجك لانه لا يصلح انشاء وكذلك اليمين
لا يفتقر لا يعرف به الانشاء بل الاخبار قال ونلغي انا منك طالق وان نوى لا بائن وحرام اذا قال
الرجل لامراته انا منك طالق فليس بشيء عندنا وان نوى الطلاق وقعت طلقة واحدة بائنة وقال الشافعي
يقع الطلاق في الاول ايضا لان ملك النكاح مشترك بينهما حتى كان لها المطالبة بالوطء كما ان له المطالبة
بالتمكين وكذلك الحال مشترك بينهما فصحت الاضافة اليه كما يصح اليها وصار كالابانة والتحريم ولنا ان
الطلاق ازالة قيد ملك الثابت له فيها لان معناه انت مطلقة عن قيد ملك المتعة لي فيك ولا ملك
لها فيه لعدم التفاوت في النكاح والحل بين المسلم والكتابية بالاجماع فلو كان لها في الزوج ملك لما انعقد
بين المسلم والكتابية لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واذا لم يكن لها ملك استحال
ان يزيله بخلاف الابانة لانها ازالة الوصلة وهو مشترك بينهما وكذلك التحريم لازالة الحل المشترك
بينهما واما ملك المتعة فهو للزوج عليها فيجب اضافة الطلاق اليها دونه قال ولو قال انت طالق واحدة
او لا فليس بشيء واذا قال الرجل لامراته انت طالق واحدة او لا فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف
اخرا وقال

وقال محمد وهو قول ابي يوسف اولا يطلق واحدة لانه ادخل حرف الشك على الواحدة فيخلو عنه فالشك بينهما
وبين النفي فسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بحاله فيقع انت طالق اولانه ادخل حرف
الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما قوله انت طالق واحدة كلمة واحدة لان الصفة والموصوف بمنزلة
كلمة واحدة ولهذا قال في غير المدخول بها انت طالق ثلثا يقعن ولئن ذكر على ان الوقوع
بذكر العدد ولو وقع بقوله طالق لو وقعت واحدة لان الموقع في الحقيقة هو المنعوت المحذوف
اي طالق تطليقة واحدة فيكون الشك في الايقاع فلا يقع شيء وانما يقع بقوله طالق عند عدم
ذكر الواحدة لان ذلك ايقاع فيقتضي طلاقا سوقنا واذا لم يذكر العدد يثبت الواحدة اقتضاء وعند
ذكر العدد سقط الاقتضاء للاستغناء عنه وصار العدد صفا فالى لفظ الواحدة فاذا بطل بالشك بطل
الايقاع قال ولو قال انت طالق ثنتين مع عتق مولاك فاعتقها ملك الرجعة هذه المسئلة من الزوائد
رجل قال لزوجته وهي امة انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج
مراجعتها لانه علق التطليق بالاعتاق او بالعتق لان اللفظ ينتظمها من حيث ان العتق مسبب
عن الاعتاق والطلاق المسبب واراد السبب شايع والشرط ما يكون على خطر الوجود والحكم يعلق
وهو هنا كذلك فيتحقق التعليق والتطليق وهو المعلق لان التعليقات يصير اسبابا وقت وجود الشرط
اذا تعلق التطليق بالاعتاق والعتق يوجد بعد الاعتاق والطلاق يعقب التطليق الذي تعقب
الاعتاق فيوجد الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين
واما لفظة مع فتحمل على معنى بعد كقوله ان مع العسر يسرا ولا ضرورة الى ذلك فانا اجمعنا على انه لو قال
انت طالق مع نكاحها او نكاحي اياك لم يصح ولو قال بعد نكاحي اياك صح لكن نحمل العتق على الاعتاق
كما بينا فانه طريق مفيد من طريق المجاز قال ولو علقها بمجيء الغد والمولى عتقها به ملكه اياها رجل قال
لامته اياها اذا جاء غد فانت حرة قال محمد لها اذا جاء غد عتقت وطلقت ثنتين وملك الرجعة وقال ابو حنيفة
وابو يوسف حرمت عليه بالطلقتين حرمة غليظة له ان الزوج علق الطلاق بما علق به مولاها العتاق
فيكون التطليق مقارنا للاعتاق اذ المعلق كالمرسل عند وجود الشرط ثم العتق يقارن الاعتاق
لانه علته فيقع التطليق فيصادفها الطلاق وهي حرة فلا تبين بثنتين فصار كالمسئلة السابقة ولهذا تعتد
بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به مولاها العتاق فيقعان معا لاتحاد شرطهما والعتق يصادفها
وهي امة فكذلك الطلاق لاتحاد زمان وقوعهما فتبين بثنتين فكما ان الاعتاق علة العتق فكذا التعليق علة
للعتق فكذا التطليق علة للطلاق فكما اقترن العلتان في الزمان اقترن معلولهما ضرورة بخلاف المسئلة

السابقة لان الطلاق فيما حلف بالعتق فتعين وجود العتق قبله لتحقق الشرط فيتنزل بعده
بخلاف العتق لانه يحتاط في اثباته صيانة للانسان عن الاشتباه اقول العلة المذكورة لمحمد رحمه الله
في الكتب ظاهرة البطلان ولعله رحمه الله بين الخلاف فيها على ما بيناه في قوله انت طالق واحدة او لا شيء
او مع واحدة لم يقع بقوله انت طالق او لا شيء لما بين الايقاعين من التفاوت بذكر العدد وجاز
ان يثبت التفاوت فيما بين وقوع العتق بالاعتاق وبين وقوع الطلاق بالتطليق بل يجب ذلك
لان وقوع العتق بقوله انت حرة في وقوع الطلاق بقوله انت طالق ثنتين وثبوت حكم كل واحد منهما
بعقب الفراغ من النطق به وقد بينا ان العدد اذا قرن بالايقاع فالوقوع بالعدد والا لما وقع الثلث
على غير المدخول بها اذا اخذها بكلمة واحدة لانه يقع الطلاق حينئذ بقوله انت طالق فيصادف
النطق بالثلث زمان البينونة وحيث وقع الثلث علم ان الوقوع بالعدد في مسئلتنا اللفظتان
المتعلقتان في زمان واحد اعتبار الحال بقوله انت حرة يثبت حكم الحرية وحال قوله انت طالق
لا يثبت ما لم يفرغ من قوله ثنتين فيصادفها الطلاق وهي حرة ضرورة فيثبت حكم الطلاق بعد حكم
هو العتاق حتى لو قال المولى اذا جاء غد فقد اعتقتك اعتاقا اذا كان قال الزوج بعد ما علقها واحدة
اذا جاء غد فانت طالق ارتفع الخلاف ووافق محمد صاحبيه وهذا التعليل اقرب الى الفقه والصواب
قال او بموت مولاها وهو وارثه فهو بخلاف قولهما وخالفه اذا قال لامرأته وهي امة اخيه اذا مات
مولاك فانت طالق ثنتين فمات المولى فورثها الزوج قال ابو يوسف يقع الطلقتان وتحرم حرمة مغلظة
وقال محمد لا يقع شيء لان ملك الوارث اياها يقترن على الموت الذي علق به طلاقها فيثبت الطلاق
مع الملك عقيب الموت فيصادفها الطلاق حال زوال ملك النكاح فلا يقع كما اذا قال انت طالق مع انقضاء
عدتك وله ان الطلاق معلق بالموت فينزل لما نزل به وملك الوارث لا يعقب الموت بل يتعقب
استغنائه عن المال وما لم يتحقق الفراغ من تجهيزه وتكفينه لا يتحقق استغناؤه عنه لان كل جزء من المال
يجوز ان يكون متعينا لحاجته بتقدير هلاك الباقي فقد وقعت الطلقتان عليها وهي امة فتحرم عليه الحرمة
المغلظة قال ولو وصفه بضرب من الزيادة والشدة لوقوعه بائنا لا رجعيا كطالق باين او اشد او
افحشه او طلاق الشيطان او البدعة او كالجبل او ملاء البيت وان نوى ثلثا يقع او بالطول والعرض جعلناه
باينا الاصل في وصف الطلاق انه ان وصف بما لا يوصف به الطلاق وقع طلقة واحدة ويلغو الوصف لان
الطلاق اذا وقع لا يرتفع وكذا لو قال انت طالق ولي الخيار ثلثة ايام يقع ويلغو الشرط واذا وصف بما
وصف به الطلاق فاما ان يكون وصفا ينبئ عن زيادة وشدة وغلظة او لا يكون فان لم ينبئ عن ذلك كان
رجعيا
كقوله

كقوله انت طالق افضل الطلاق او اجمله واحسنه او اعدله او اسنه فلا يقع بها الا رجعيا وان
ينبئ عنه وقع باينا عندنا وعند الشافعي يقع رجعيا في المدخول بها كقوله انت طالق باين او افحش
الطلاق او اخبثه او اشده او اعظمه او اكبره او اسوءه او طلاق الشيطان او البدعة او كالجبل او ملاء
البيت له ان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان الوصف بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما
لو قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصف الطلاق بما يحتمله فكان تعيينا لاحد محتمليه فيصح
ويترتب عليه موجبه الا يرى ان البينونة بالطلاق قبل الدخول وكذا يثبت به بعد العدة ثم الباين هو الشديد
لانه لا يتمكن من الرجعة بخلاف الرجعي لانه ليس بشديد عليه حتى يملك الرجعة بغير رضاها وكذا قوله افحش
الطلاق واخبثه واسوءه لانه انما يوصف بهذه الاوصاف لا باعتبار ذاته بل باعتبار اثره وهو البينونة في الحال
فصار كقوله باين وكذا اذا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان ما هو الرجعي فيكون بدعيا
وطلاق الشيطان هو الباين وعن ابي يوسف في قوله طلاق البدعة انما لا يكون الا بالنية لان البدعة قد يكون
من حيث الايقاع في الحيض وعن محمد في قوله للبدعة او طلاق الشيطان انه رجعي لان هذا الوصف قد يتحقق
بالطلاق في الحيض فلا يقع البينونة بالشك وكذا قوله كالجبل لان التشبيه يوجب الزيادة وعن ابي يوسف
انه رجعي لان الجبل شيء واحد فيكون تشبيها به في الوحدة وكذا قوله ملاء البيت لان الشيء قد يوصف
بملاء البيت لعظمه تارة ولكثرته اخرى فايهما نوى صحت النية فاذا نوى الثلث وقعت لان الشدة
والعظمة والزيادة على نوعين ضعيفة وقوية فالضعيفة الواحدة البائنة فعند عدم النية يحمل عليها
للتيقن وعند نية القوية يحمل عليها لانه عين احد محتمل لفظه فيصدق ثم الاصل عند ابي حنيفة ان مجرد تشبيه
الطلاق يجعله باينا لان التشبيه يقتضي زيادة وصف وذلك بالبينونة لان عند عدم التشبيه يكون رجعيا
وعن ابي يوسف ان اشتمل الوصف على ذكر العظم كان باينا والا فلا سواء كان التشبيه عظيما في نفسه او
غير عظيم لانه يحتمل التشبيه في نفس التوحيد فذكر العظم يفيد الزيادة وعند زفر ان اشتمل الوصف على
العظم والمشبه به عظيم في نفسه او غير عظيم لانه يحتمل التشبيه في نفس التوحيد فذكر العظم يفيد الزيادة
وعند زفر ان اشتمل الوصف على العظم والمشبه والمشبه به عظيم في نفسه كان باينا والا فلا وقيل محمد مع ابي حنيفة
وقيل مع ابي يوسف والخلاف يظهر في قوله انت طالق مثل راس الابرة مثل راس الجبل مثل عظيم الجبل فعند
ابي حنيفة في باين في الجميع وعند ابي يوسف باين في الثانية والرابعة وعند زفر باين في الثالثة والرابع واما اذا
وصفه بالطول او العرض فعندنا يقع باينا وقال زفر رجعيا لان الطلاق لا يوصف بالطول ولا بالعرض
لانهما من صفات الاجسام فيلغوا ولنا ان ذلك كناية عما يوصف به من العظمة والقوة يقال له ليس لهذا الامر
الطول والعرض

يعنون بهذه العظمة والقوة ومما يفيدان في الطلاق البينونة تفريع اذا قال انت طالق مثل
عدد الشمس والقمر فهي واحدة بائنة عند ابي حنيفة ورجعية عند ابي يوسف ولو قال كالنجوم في الضياء
الا ان ينوي العدد فيعتبر ولو قال انت طالق لا قليل ولا كثير يقع ثلث ولو قال لا كثير ولا قليل
يقع واحدة فيثبت ضد ما بقاه اولا لان بالنفي يثبت ضده فلا يرتفع قال ويقع لاضافته الى الجملة او ما يعبر
عنها كانت او وجهك او روحك او جسدك او الى جزء شائع كنصفك او ثلثك والعيناء فيما لا يعبر كيدك
او رجلك اما الاول فهو اضافة الطلاق الى الجملة لقوله انت طالق فالتاء ضمير المرأة وهذا من قبيل
والثاني فرع عليه لانه يعبر عنه كقوله وجهك طالق او رقبتك او عنقك او فرجك او روحك او بدنك
او جسدك او نفسك او راسك قال الله تعالى فتحرير رقبة فظلت اعناقهم لها خاضعين وقوله عليه السلام
لعن الله الفروج على السروج يقال فلان راس القوم ووجه العرب وهلك روح فلان وفي نفسه يراد بها
في هذا الباب الاستعمال فان صاحب شرح الكافي فرق بين قوله روحك طالق بين قوله بدنك او جسدك
يقال هذه الاعضاء التي ذكرها محمد كانت عند اهل الكوفة اسما للبدن كله واليد والرجل لم يكن يعبر
بها عنه عندهم اما في ديارنا فليست هذه الاسماء للبدن فينبغي ان لا يقع الطلاق بقوله وجهك
وراسك الا ان يعني جميع البدن ولو كان اليد عند قوم اسما لجميع البدن فاضيف الطلاق اليه يقع ايضا
واما وقوع الطلاق باضافته الى الجزء الشائع فهنا فلانه محل لسائر التصرفات فكذا يكون محلا للطلاق
الا ان عدم التجزي في حق وقوع الطلاق يوجب التكميل واما الاضافة الى اليد والرجل فعند زفر والشافعي
يقع بها الطلاق وكذلك الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن الجملة لانه عضو يستمتع به بعقد النكاح
فيكون محلا للطلاق فيثبت حكمه ثم الاضافة اليه يتعدى كما في الشائع ولان الطلاق قوي السراية حتى
يحل منقضته ويتأبد متوقتة ويقع عند الشرط محققه ويسري الى جميعها اذا وقع بالشائع بخلاف النكاح
لانه ثابت على منافاة الدليل والطلاق متأيد به ولهذا لم يصح اضافة النكاح عندي الى الجزء الشائع
لان الحرمة يغلب الحل اذا اجتمعا في المحل والابتداء والانتهاء ولنا ان الطلاق رفع القيد فيختص
بمحل وجد القيد ولا قيد في اليد لانه تابع ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها يد لانه يرد التبع
على الاصل فيدخل التبع ولا ينعكس واذا لم يكن التبع محلا للاضافة اليه لم يستتبع الاصل لان السراية
يستلزم صحة الاضافة الى المحل فلغت هذه الاضافة بخلاف الجزء الشائع لانه محل النكاح عندنا فيكون محلا
للطلاق واختلف في الظهر والبطن والاظهر عدم صحة الاضافة لعدم التعبير بها عن الجملة
قال ولو قال نصف تطليقة او ثلثها وقعت كاملة لانه لا تتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله

قال

قال او واحدة ونصفا قبل الدخول او قعنا ثنتين لا واحدة له اذا قال الرجل لامرأته قبل الدخول
بها انت طالق واحدة ونصفا وقع عليها ثنتان عندنا وقال زفر يقع واحدة لان الثانية تكلم بعد
التجزي فيصير كقوله واحدة وواحدة فيبين بالاول ولنا انه كلام واحد لانه لفظ اخصر من ذلك يدل عليه فان
عبارة الاخير تفسير بيان الانضمام وذلك لا نصير ملحوظة الا بالاستيفاء وهي لا توجد بنفسها فكانا نشأ فيهما
باعتبار بخلاف واحدة وواحدة لان اثنين اخصر منها فيصار الثانية وقد ثبت حكم الاول فلا يقع
او من واحدة الى ثلث او بين واحدة الى ثلث وقع عليها ثنتان عند ابي حنيفة وكذا لو قال لك عندي من درهم
الى عشرة فعليه تسعة وقالا يقع ثلث في الطلاق وفي عشرة في الاقرار وقال زفر وهو القياس يقع طلقة
واحدة لان الاول غاية الابتداء والثاني غاية الانتهاء فلا يدخلان فيما جعلتا غاية له كقوله بعتك من هذا الحائط
الى هذا الحائط فان المبيع ما بينهما ولهما ان ما جعله غاية الابتداء والانتهاء لا يصلح غاية الا بعد وجودهما
اذ المعدوم لا يصلح غاية فاذا قصد جعلهما غايتين فقد قصد وجودهما في الطلاق ووقوعهما لا فقد لوجودهما
فصار كقوله خذ من مالي من درهم الى مائة وله ان مثل هذا الكلام يستعمل ويراد به الاكثر من الاقل المذكور
ومن الاكثر كقولهم يقال سني من ستين الى سبعين او ما بينهما الى سبعين اكثر من ستين فكذا هنا يثبت
طلقتان لانهما اكثر من واحدة واقل من الثلث بخلاف قوله خذ من مالي من واحد الى مائة لانه موضع الاباحة ويراد
الكل ولا حاجة في الطلاق الحظر وجواب زفر انه لا بد من وجود الغاية الاول ليترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها
بخلاف البيع فان واحدة لا اثنتين او ثنتين في ثنتين لا يلزمها الا ثنتان مسئلتان اولاهما من الزوائد وهي
ما اذا قال انت طالق واحدة في ثنتين فعندنا تطلق واحدة وعند زفر ثنتين والثانية اذا قال ثنتين في ثنتين
وعنده ثلث له اعتبار عرف الحساب فان المراد بالضرب تضعيف احد العددين بعدد الآخر فضرب الواحد
لا يؤثر تضعيفا فيبقى على حاله وضرب الاثنين اربعة الا ان الطلاق لا يزيد على الثلث فيقعن كما لو طلق
اربعا ولنا ان ضرب العدد في العدد في الممسوحات يقصد بيان كثرة الذرعان وفيما ليس بممسوح يراد به
تكثير الاجزاء الا ان الطلاق لا يتفاوت بكثرة الاجزاء وقلتها فان الطلاق الذي له الف جزء والطلاق
الذي له جزآن مستويان فانه لا يقع اكثر من واحد كما لو قال انت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها يقع
واحدة فتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها تفريع ولو نوى واحدة وثنتين فهي ثلث في المدخول بها
لانه نوى محتمل لفظه فان الواو للجمع والظرف يجمع المظروف باداة الظرف ويقع واحدة في غير المدخول بها
لانها تبين بالاولى ولو نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان في تستعمل بمعنى مع كما في قوله تع وادخلي في عبادي
ولو نوى حقيقة الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فلغت نيته قال وبمكة او فيها طلقت
في الحال في كل البلاد

واذا دخلتها او في دخولك تعلق اما الاول فلان الطلاق لا تختص بمكان دون مكان آخر فكان
ذكر المكان لغوا واما الثاني علقته بالدخول وكذا قوله في دخولك الدار او مكة لما بين الشرط والظرف
من القرب من حيث الجمع فان الشرط يجامع الجزاء والظرف يجامع المظروف فاذا تعذر حمله على حقيقة
الظرف فيه تعين حمله على الشرط مجازا قال او غدا وقع بطلوع الفجر لانها موصوفة بالطالقية في جميع الغد
وذلك يستلزم وقوعه في اول اجزاء الغد قال او في غد ونوى آخره فهو مصدق قضاء وقالا ديانة كما في
غدا اذا قال انت طالق في غد ونوى آخر النهار صدق ديانة وقضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق
ديانة ولا يصدق قضاء كما لا يصدق في قوله غدا اذا قال نويت آخر النهار والمقيس عليه من الزوايد وفيه
تعريف الحكم والاشارة الى علتها لانها انما موصوفة بالطلاق في الغد وهو اسم لكله ولهذا وقع الطلاق في
اول جزء من اجزائه عند عدم النية واذا نوى آخر النهار فكان ناويا خلاف الظاهر فصار كما لو قال انت
طالق غدا ونوى آخر النهار فانه يصدق ديانة وقضاء وله ان جعل الغد ظرفا اي مفعولا فيه وذلك
لا يقتضي استيعابه بالفعل فني اي جزء منه وقع الفعل كان الغد مفعولا فيه وانما يقع في اوله عند عدم
النية لانه جزء صالح لسلامة موجوده فلا معارض له فيتعين فاذا نوى الجزء الآخر قام المعارض وتعين
بارادته ترجيحا للتعيين القصدي على الضروري بخلاف قوله غدا والفرق ان الظرف اذا اتصل الفعل
بغير واسطة اقتضى استيعابه بالمظروف ان امكن واذا اتصل بواسطة الحرف لم يقتض الاستيعاب
الا ترى انه اذا قال لله علي ان اصوم في رجب وجب صوم يوم فيه ولو قال علي ان اصوم رجب
وجب صوم كله وكذلك قوله والله لا اصوم السنة وجب استيعابها ولو قال في السنة وجب صوم يوم فيها
قال او اليوم وغدا وقعت واحدة او غدا اليوم او وقعتا ثنتين هاتان مسئلتان احديهما من الزوايد وهي
وفاقية اذا قال انت طالق اليوم وغدا تطلق واحدة لان الطلاق لما وقع في اليوم كانت المراة
متصفة به غدا فلا ضرورة الى ايقاع طلقة اخرى اما المسئلة الثانية فقال زفر لفظه ايقاع واحدة غير
مكررة فيقع واحدة اعتبارا بالعكس ولنا وهو الفرق ان اضافة الطلاق الى الغد يقتضي اتصافها
به في الغد فلا يلزمه من اتصافها به في الغد اتصافها به في اليوم فتحققت الضرورة الى العطف لكون اليوم
ظرفا له فصار كانه قال انت طالق غدا او طالق اليوم فيقع ثنتان بخلاف المسئلة الاولى لاستلزام
اتصافها به غدا فلا ضرورة الى التكرار قال او كل يوم ولا نية او وقعنا واحدة لا ثلاثة بثلثة ايام اذا قال
انت طالق كل يوم فان نوى التكرار الثلث صحت وقع كل واحدة لانه نوى محتمل اللفظ فان لم ينو شيئا فكذلك
عند زفر لانه ايقاع بكلمة كل ومقتضاها التكرار فيكون ذكر ايقاعها في كل يوم كقوله انت طالق في كل يوم

والجامع

والجامع ان حرف الجر مضمر في الاول لان انتصابه لكونه مفعولا فيه وهو مظهر في الثاني فلا فرق بينهما
ولنا ان قوله انت طالق وصف المراة بالطالقية لغة وكل يوم ظرف لهذا الوصف واذا اتصفت بها في اليوم
الاول يثبت ذلك الوصف في الثاني والثالث وابدا وانما جعل هذا الوصف ايقاعا في الشرع ضرورة
تحقق وانما يندفع بالواحدة فصار كما اذا قال انت طالق ابدا حيث تطلق واحدة بخلاف قوله في كل يوم
والفرق ان كلمة في تفيد ما لا يفيد به الكلام عند عدمها والا لكان ذكرها لغوا وذكر الائمة من حروف الجر
التي وضعت لايصال معاني الافعال الى الاسماء ولذلك سميت صلات وكلمة في ظرف لفعل مظهر او
مدلول عليه يتصل بالزمان المجرور بها على معنى وقوعه فيه وحينئذ يجب تعدد الوقوع في كل يوم لان حصول
الفعل الواقع في اليوم الاول بعينه في اليوم الثاني محال فتبين ان المراد مثله والتقدير انت طالق طلاقا
يقع في اليوم الحاضر ويقع في مثله في الثاني والثالث واما كل يوم فانه ظرف اتصافها بالطالقية وذلك
وصف لا ضرورة الى تجدده ونظيره انت طالق يوم الخميس ويوم الجمعة وانت طالق في يوم الخميس
وفي يوم الجمعة بحيث يقع في المسئلة الاولى واحدة وفي الثانية ثنتان على نحو ما قررناه قال او امس وقد تزوج
اليوم لم تطلق اذا قال الرجل لامراته انت طالق امس وقد تزوج اليوم لا يقع بها الطلاق لانه اضاف الطلاق
الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلقك ولو قال انت طالقك
امس وانا مجنون وقد عرف جنونه طلقت لانه اقر بالطلاق واضافه الى حالة لا يعلم منه فلا يسمع قوله في
الاضافة لتكذيب الظاهر اياه ولو كان جنونه معهودا صدق لمساعدة الظاهر له وهي من الزوايد
ولو كان تزوجها من قبل طلقت الآن اذا قال انت طالق امس فكان تزوجها اول من امس فانه يقع في الحال لانه
اسنده الى حالة ما هو مالك للطلاق فيها لكنه لم يصح لكن يصحح اخبارا فوجب ان يكون انشاء ولا انشاء
في الماضي انشاء في الحال لانه حيث قصد الانشاء فقد قصد الوقوع في الحال لاستلزام وقوع الطلاق في الماضي
وقوعه في الحال لكنه ليس في وسعه الايقاع في الماضي لعدمه وفي وسعة الايقاع في الماضي لعدمه وفي وسعة
الايقاع في الحال فيثبت عن قصده فقد ملك وسعه هذه من الزوايد قال او الى شهر يوقعه في الحال رجل قال لامراته
انت طالق الى شهر قال ابو حنيفة ومحمد تطلق عند انتهاء الشهر وقال ابو يوسف تطلق في الحال لان الشهر لا يصرف
الى ما يلي التمهيد كما في الاجارة واليمين على الكلام لكن عقد الاجارة واليمين على الكلام يقبلان التوقيت
فيتوقيان بمضي الشهر والطلاق لا يقبل التوقيت لينتهي به فلغا ولهما ان الى تشابه من لاشتراكهما في
ان كلا منهما موضوع لدلالة على الغاية احدهما على الابتداء والآخر على انتهائها فحملت على من مجازا كانه
قال انت طالق طلاقا ابتداؤه من شهر بعد الكلام والحمل على المجاز اولى من الالغاء قال او ان لم اطلقك فانت
طالق

طلقت في آخر اجزاء حيوته لانه جعل عدم التطليق شرطا لوقوع الطلاق ولا يتحقق الشرط الا باليأس عن حيوته
كما اذا قال ان لم آت البصرة ولو ماتت هي طلقت قبل موتها وقال بعض مشايخنا هو مخصوص بالزوج لان
اليأس عن حيوة المرأة لا يتحقق الا بالموت حقيقة فيتحقق الشرط مع انقضاء محل الطلاق بخلاف الزوج اذا
اشرف على الموت فان الشرط يوجد والمحل قايم والملك باق وليس من لزوم الجزاء التكلم له ولا القدرة
عليه والصحيح انه يقع في حيوتها لكونه لان المرأة اذا اشرفت على الموت فيبقى من حيوتها ما لا يسع بصيغة
الكلام بالطلاق فذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق فيه لا استقبال له من التكلم فلم يوجد الشرط
والملك قايم والمحل باق قال ومتى لم اطلقك حين سكت اذا قال انت طالق متى لم اطلقك او متى ما
لم اطلقك وسكت وقع الطلاق لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق فقد وجد الشرط بسكوته
وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لكونهما من ظروف الزمان وهاتان المثلثان من الزوايد
واذا مثل ان وقالا مثل متى اذا قال لامرأته انت طالق اذا لم اطلقك لا يقع الطلاق الا في آخر جزء
حيوته او حيوتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقع الطلاق عليها حين سكت من الكلام كما في متى والخلاف
فيما اذا لم ينو واحدا منهما فاذا نوى الشرط لا يقع واذا نوى الوقت يقع اجماعا فيهما لهما ان محمدا لفظه هكذا
ان كلمة اذا موضوعة للوقت حقيقة وفيها سمة من الشرط فاذا لم ينو احد هذين الامرين وجب الحمل على
الحقيقة لرجحانها على المجاز عند الاطلاق فصار كانه قال متى لم اطلقك انت طالق فانه يقع عند سكوته
ولهذا اذا قال لها انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في متى شئت وله
انه اذا استعمل مجازا بمعنى ان حتى جزم بها المضارع شرطا وجوابا في قوله واذا تصبك خصاصة فتجمل
وفي قوله يرفع والله برفع لي نار اذا احمدت نيرانهم تعقد وكل منهما صالح للاستعمال الا ان اعتبار الحقيقة توجب
الوقوع حال السكوت واعتبار المجاز بعض التأخير الى قبيل الموت فلم يطلق في الحال بالشك بخلاف
قوله طلقي نفسك اذا شئت لان الامر صار بيدها فلا يخرج عنه بالشك وههنا سؤال وهو ان الخلاف في مسئلة
الشرب من دجلة يقتضي ان يكون الخلاف ههنا على عكس ما هو عليه لانه اعتبر المجاز ههنا والحقيقة ثم وهما عكسا
فيهما والجواب اما العذر لهما فان المجاز ثم غالب الاستعمال فكان اولى بالاعتبار من الحقيقة المرجوحة وههنا
الحقيقة مستعملة والمجاز ليس بغالب واما العذر له فان التيقن باعتبار موجب الحقيقة والشك باعتبار
موجب المجاز ورجحت الحقيقة وههنا بالعكس وهذا لان اعتبار الحقيقة تقتضي الحنث بالكرع من دجلة لا غير
والمجاز تقتضي الحنث بالشرب من مائها كرعا واغترافا فالحنث بالكرع لازم على التقديرين وبالاغتراف
على اعتبار المجاز دون الحقيقة فيثبت ما هو مشكوك فيه قال ومتى لم اطلقك واحدة فانت ثلاثا ووصل
انت طالق

اوقعنا

اوقعنا هذه لا الثلث نقع قال لامرأته متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك واحدة فانت طالق ثلثا ثم قال
انت طالق موصولا باليمين وقعت طلقة واحدة عندنا والقياس ان يقع الثلث وهو قول زفر لانه وجد
زمان خال عن الطلاق وهو الزمان الذي تلفظ فيه بالتطليق منه ووجه الاستحسان انه لم يوجد بعد الاضافة
زمان خال عن التطليق حيث وقعت الواحدة عقيب الاضافة وهو القياس الصحيح فان هذا القدر
من الزمان مستثنى عن الايمان بدلالة حال الحالف لان قصده البر فكان الشرط وجود زمان خال عن الطلاق
يمكن ايقاع الطلاق فيه وصار كالمصرح بذلك لان الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح قال او قبل قدوم
فلان بشهر اوقعنا مقتصرا لا مستندا او قبل موت فلان بشهر فمات لتمامه فهو مستند وقالا مقتصرا
اذا قال انت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وقع الطلاق مقتصرا على حال القدوم عندنا وعند زفر
مستندا الى اول الشهر حتى يعتبر العدة من اوله ويلزمه مهر لوطيها ويكون الوطي فيه رجعة ان كان الطلاق رجعيا
ولو قال انت طالق قبل موت فلان بشهر فمات بعد شهر يقع قبل الموت مستندا الى اول الشهر عند ابي حنيفة
وقالا يقع مقتصرا على حال الموت مقارنا له لزفر انه اوقع الطلاق في اول شهر يتصل بآخره القدوم والموت الا انه
غير معلوم فلم يحكم بالوقوع فاذا علم بالقدوم او الموت علم انه كان واقعا من اول الشهر كما في قوله اذا حضت
فانت طالق لم يقع حتى يستمر الدم ثلثة ايام فيقع الطلاق من اوله وكما اذا قال ان كان ما في بطنك غلاما فانت
طالق حتى تضعه يحكم بوقوعه من حين اليمين ولهما ان الموت والقدوم في معنى الشرط من حيث يتوقف الحكم
على وجودهما ليس بشرط حقيقي لعدم اللفظ الموضوع للشرطية فباعتبار معنى الشرطية يقتضي عدم التأخير
فيقع مقارنا له مقتصرا على وجوده وهذا في القدوم لكونه معدوما على خطر الوجود واما الموت فكائن لا محالة
لكن مضي الشهر بعد اليمين قبل الموت ليس بكائن لا محالة ولهذا لو مات قبل تمام الشهر لا تطلق فكان الموت
في معنى الشرط ايضا بخلاف ما استشهد به لان الوقوع في المسئلتين بالشرط الموجود فكان تنجيزا الا انا لا نحكم به
قبل وضع الحمل وقبل تمام ثلثة ايام لعدم العلم بالمذكور ولجواز الانقطاع فلم يكن الطلاق موقوفا على امر منتظر
وله وهو الفرق بين القدوم والموت ان الاشتراط على الموت معتبر لان الزمان الذي جعل ظرفا للطلاق فيقع
قبيله ثم يستند وهذا لان الموت ليس بشرط حقيقي وهو ظاهر ولا معنى لان الموت كائن لا محالة والقدوم
معدوم على خطر الوجود ويعرف الزمان الذي جعل ظرفا للطلاق موقوف على الحقيقة فصار كما لو قال انت طالق
ثلثا قبل رمضان بشهر واستيقنت الا شهر ولم يعلم حتى اهل رمضان فانه يقع في اول شعبان الا ان ههنا لا بد
من الوقوع قبيل الموت يتحكم الوقوع ثم يستند ولا ضرورة الى الوقوع بل يتبين ان الطلاق كان واقعا
اول شعبان حتى لو خالعها في شعبان وانقضت عدتها بوضع الحمل ثم علم بحال الشهور لا يصح الخلع ويقع الثلث

وعندنا لو خالعها فيه لا يبطل الخلع ولا يقع الثلث لان ذلك الموت لا يعرف الزمان الذي اضيف
الطلاق به نفس الموت فيتوقف الوقوع عليه بخلاف ذكر رمضان فانه معروف بدون تحققه فافترقا
قال او قبل موتي او موتك بشهر مستند ولا ارث والغياه رجل قال لامرأته انت طالق قبل موتي بشهر
فمات بعد تمام ذلك الشهر فالطلاق واقع مستندا عند ابي حنيفة ولا ارث وقالا لا يقع الطلاق وهذا الخلاف
مبني على ما سبق فعنده ان الموت معرف للزمان الذي اضيف اليه الطلاق فيقع من قبل موته بشهر ولا يرث
وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع مقتصرا على الموت مقارنا له او بعده فلا يقع لانتفاء المحلية ح قال
او آخر ما املكه او تزوجها حر وطالق فالجزاء واقع على آخرهما مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر
عبد املكه فهو حر او آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثم اشترى عبدا بعد عبد او تزوج امرأة بعد اخرى
فمات عتق العبد الثاني مستندا الى وقت شرائه حتى يعتق من جميع المال ان اشتراه في الصحة ومن الثلث
ان كان في المرض وعندهما مقتصرا على حين الموت فيعتق من الثلث وتطلق الثانية مستندا عنده حتى لا ترث
الا ان تكون هذا الفرار في المرض وعندهما مقتصرا حتى ترث لهما ان كون الثاني آخرا لا يتحقق الا بعدم شراء
غيره ولا يتحقق ذلك الا بالموت فيقتصر عليه كما لو قال ان لم اشتر عليك عبدا فانت حر ثم مات فانه يعتق
مقتصرا وله ان صفة الآخرية ثابتة للثاني عند شرائه ظاهرا لانه اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره الا انا نعرف حين
الزوال شراء آخر فلا يعتق الا بتقرر هذا الوصف وذلك بموت المولى فيعتق من حين تقرره كما لو قال لامرأته
اذا حضت فانت حرة فاستمر بها الدم فانها تعتق من اول يوم وطهارة الزوجة الاعتبار لمن قال لامرأته ان
تزوجت عليك فانت طالق فانها تصير ورثته فان تنزيلا لتحقق الشرط في المرض الا فيما فيه وله ان هذه الصفة
ثابتة لها عند تزوجها لعدم تزوج ثالثة والموت تقرر بعد ذلك الوصف فصار كمن قال لامرأته في الصحة
اذا جاء رأس الشهر فانت طالق فلما جاء رأس الشهر وهو مريض تطلق ثلثا ولا ترث كذلك هنا
وبداوي لان عدم التزوج عليها ثلثه ليس شرطا عنده صورة ولا معنى لانه انما يتحقق بالموت وهو كائن لا محالة
فلم يكن في معنى الشرط كذا ما يتوقف عليه قال او اطولكما عمرا طالق الآن او مقتصرا على الباقية حال موت الاخرى
لا مستندا اذا قال لامرأته اطولكما عمرا طالق في هذه الساعة لا تطلق حتى يموت احدهما فتطلق الاخرى لان
المراد هو طول الحيوة في المستقبل دون الماضي الا ترى انه لو كان عمر احدهما عشرين سنة والاخرى سبعين سنة
لا تطلق العجوز لان المراد طول الحيوة في المستقبل فانه غير معلوم لجواز موتهما معا فاذا ماتت احدهما طلقت الاخرى
للحال وقالا مستندا الى وقت اليمين لانه علق الطلاق بشرط موجود حيث انها كانت هي اطول حيوة ح ولنا
ان معنى اليمين الباقية منكما طالق غير معلوم قبل موت احدهما بل هو معلوم على خطر الوجود فكان شرطا فاقتصر عليه
قال

قال ولو شهد واحد بواحدة وآخر بثنتين فالقاضي لا يحكم بشيء وقالا بواحدة وكذا الخلاف في طلقي
نفسك واحدة فطلقت ثلثا اذا شهد شاهد بطلقة واحدة وآخر بطلقتين لم يحكم بشيء منهما وقال ابو يوسف
ومحمد يحكم بواحدة والاصل ان توافق الشهادتين في الدلالة على ما يستحكم به شرط بالاتفاق لكن عند
ابي حنيفة هذا التوافق انما يثبت حيث يدل لفظ كل شاهد على ما يستحكم دلالة المطابقة لا دلالة التضمن
وقالا يثبت اذا دل احدهما بالمطابقة والآخر ما دل عليه الاول بالتضمن لهما انهما اتفقا على طلقة واحدة
اما الشاهد بطلقة فظاهر واما الشاهد بطلقتين فقد تضمنت شهادته بهما شهادته بالواحدة ضرورة اشتمال
الطلقتين على الواحدة كما لو ادعت طلقتين وشهد لها بطلقة وآخر بطلقتين فان التوافق بين الدعوى
والشهادة شرط ايضا وله ان كلام الشاهدين لا يصير شهادة لاستلزام الشهادة بها ثبوت الشهادة
بالطلقتين ومعنى شهادة الواحد بواحدة فلا يحكم بشيء بخلاف ما اذا ادعت لان الدعوى تقضي بالطلقتين بغير
اتصال الحكم بها وصحت في آخرها في الواحدة فلما شهد بها وافقت الشهادة ما صحت دعواها فيه فيحكم به
وعلى هذا الخلاف اذا قال لامرأته طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا فعند ابي حنيفة لا يقع شيء وعندهما
يقع واحدة لانها اتت بما فوض اليها فانه لما اوقعت واحدة لاشتماله عليها ولانها لما ملكت الواحدة فقد
جمعت بين ما ملكه وبين ما لا تملك في الايقاع فوقع ما ملكته ولغا الباقي كما لو قال الزوج انت طالق الف تطليقة
فانه يقع الثلث التي يملكها شرعا ويلغو الباقي وله ان ايقاع الثلث انما يتضمن ايقاع الواحدة ان لو وقعت
الثلث لاستلزام وقوع المتضمن وقوع ما هو في ضمنه اما اذا لم يقع الواحدة الضمنية لاستحالة وقوعها
وهي ضمنية بدون الثلث المتضمنة لها وليست بجامعة بين ما تملك وبين ما لا تملك فان الزوج ملكها فردا
لا يكون معه غيره وكل واحدة من الثلث معها غيرها اما وقوع الثلث بالايقاع الالف فعند ابي حنيفة
واقعة فيثبت الثلث ضمنا لوقوعها لان الحرمة الغليظة كما تثبت بالثلث تثبت بالزائد على الثلث
الا ترى لو قال انت طالق عشر تطليقات بالف فقبلت يثبت الحرمة الغليظة ويلزمها الالف
عنده وعندهما يقع واحدة اجماعا فلولا انه لما زاد على الثلث اوقع الثلث لانه في وقوع انت طالق
ثلثا الا ثلثا فيبطل الاستثناء قال ولو ردد ناشهادتهما بطلاق احديهن عينا مع نسيانهما اذا شهد
اثنان على رجل انه طلق احدى هؤلاء بعينها لكن نسينا فقدرنا لا تقبل شهادتهما وقال زفر يحال
بينه وبينهن لان الثابت بالشهادة كالثابت بالاقرار ولو اقر بطلاق احديهن وقال نسيتها امر بان
لا يقرب واحدة منهن حتى يتذكرها وهذا لان الشهادة على الطلاق تقبل بدون دعوى وقد حفظا كلام
الزوج الشيئين الطلاق والتعيين فيتقبل شهادتهما في قدر ما حفظاه ولنا انهما اعترفا على انفسهما بالغفلة
فلا يقبل شهادتهما

فان القضاء بشئ منكر ممتنع فانه ان حكم بطلاق المنكر جعل البيان الى الزوج فالزوج انما وقع طلاق
المعينة ولا يمكن الحكم بالمعينة لانه الحكم يشهد به **فصل في ايمان الطلاق وفي الطلاق**
على غير المدخول بها قال واذا طلق قبل الدخول بها ثلثا وقعن اذا طلق امراته قبل الدخول بها
وقعن عليها جملة لما تقدم ان العدد اذا قرن بالطلاق كان الايقاع بالعدد لان التقدير انت طالق
طلاقا ثلثا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فوجب ان يقعن جملة **قال** واذا فرق بالاولى اذا
قال انت طالق طالق وقعت عليها واحدة وبانت بها لان الثانية في غير عدة فلا يقع لفوات محل الطلاق وهذا
لان اول الكلام يتوقف على آخره اذا كان في آخره ما يتغير به اوله فاذا خلا الكلام عن ذلك يثبت الاسان
موجبه فيقع بقوله انت طالق فيتبين ويلغوا الباقي **قال** او قال واحدة وواحدة او بعدها واحدة بانت بواحدة
اما العطف فلما ذكرنا انها بانت بالاولى فلم يصادف الثانية محلا واما قبله واحدة او بعدها واحدة والاصل في ذلك
انه اذا تخلل الظرف بين المذكورتين فان اقترن الضمير بالظرف كان صفة للمتاخر منهما وان خلا الظرف عن الضمير
كان صفة للمتقدم منهما وقوله انت طالق واحدة قبل واحدة فالقبلية ههنا صفة للواحدة المذكورة اولا وايقاع
الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لما تقدم فيقع بالاولى وتبين فيصادفها الثانية وهي مبانة الا ترى ان وجوب
الصفة يستدعي سبق الوصف قبله وبعدها واحدة فالبعدية للواحدة المذكورة آخرا لاقتران الضمير بالظرف
واذا وقعت الاولى بانت فيصادفها الثانية ايضا وهي مبانة **قال** او قبلها واحدة او بعده واحدة او مع واحدة او معها
وقعتا اذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او واحدة بعد واحدة او واحدة مع واحدة او واحدة معها واحدة
يقع ثنتان اما الاول فلانه قرب الظرف بالضمير فكانت القبلية صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي
وللاولى واقعة في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان في الوقوع فيقعان جملة واما قوله بعد
واحدة فالبعدية صفة الاولى لخلو الظرف عن الضمير فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل
الواحدة في الحال فيقترنان في الوقوع واما مع واحدة او معها واحدة فدلالة مع للقران ظاهرة سواء
اقترن بها ضمير او لم يقترن فيقعان جميعا **قال** او ان دخلت الدار او تزوجتك فطالق وطالق وطالق
فالاولى واقعة وقالا الكل هذا رجل قال لامراته ولم يدخل بها ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق
او قال ان تزوجتك فانت طالق وطالق وطالق فدخلت الدار او تزوجها بانت بالاولى عند ابي حنيفة
وقالا وقعت الثلث وقد ظن بعض اصحابنا هذه المسئلة ان ابا حنيفة يجعل الواو للترتيب حيث اوقعها
مرتبة وان صاحبيه يجعلان الواو للقران حيث اوقعا الكل جملة وهذا الخلاف في ذلك ليس مبنيا على
هذا الحرف وانما هو على اصل آخر وان تعليق الطلقات الثلث بالشرط المقدم بحرف العطف ما موجبه

فقال

فقال ابو حنيفة موجب ذلك التفريق وقالا موجبه الجمع والاتحاد لان الثاني جملة ناقصة مشاركة للاولى
والتعليق يمين وليس بتطليق والترتيب بين المعطوفات حاصل في التكلم والتعليق لا في الوقوع
عند وجود الشرط كما لو تكرر التعليق وكما اذا عطف واخر الشرط وابو حنيفة يقول اذا تقدم
الشرط اختلف حال التعليق لان الثانية لا يمكن تعليقها بالشرط الا بعد تعلق الاولى وكذلك الثالثة
لا تعلق بالشرط الا بعد الاولى والثانية فانه لا يصح ان يقال ان دخلت الدار وانت طالق فكانت
الواسطة ضرورية من صحة تعليق التطليق بالشرط فالترتيب ضروري في صحة التعليق لا من حيث الواو
للترتيب او للقران ثم الواقع عند وجود الشرط هو الذي كان معلقا فيتبين بالاولى ضرورة التفريق في الوقوع
بخلاف ما اذا اخر الشرط لاتحاد حال التعليق حينئذ وعدم الضرورة الواسطة فصار موجب الكلام
الاتحاد وبخلاف ما اذا اعاد الشرط عند كل تطليق لان تعلق كل واحدة بالشرط بلا واسطة وانما
التفريق في زمنه التعليق وذلك لا يوجب التفريق في المعلق بالشرط ثم فان قدم الشرط فالاولى
معلقة والثانية منجزة او اخر فالاولى منجزة والباقي لغو وان قدم في المدخول فالاولى معلقة والباقي منجزة
او اخر فالثالثة معلقة والباقي منجزة وقالا تعلق الكل مطلقا هذه اربع صور ثلثة منها من الزوائد والرابعة
مذكورة في المنظومة في باب ابي يوسف لابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرها اهل الفقه مع اخواتها واثبت
الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه واستدل بكونه حصرها انه اذا علق الطلاق فاما ان تقدم الشرط او يؤخر
وكل واحد منهما اما في المدخول او غير المدخول بها اما الاولى اذا قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت
طالق طالق طالق فعلقت الاولى عند ابي حنيفة رحمه الله وتنجزت الثانية ولغت الثالثة واما الثانية فان
يؤخر الشرط وتقدم الجزاء يقع الاولى عنده ويلغو ما بعدها واما الثالثة بان تقدم ذلك للمدخول بها
وتقدم الشرط تعلق بالاولى وتنجز الباقيتان واما الرابعة فان يؤخر الجزاء تعلق الثالثة وتنجز
الاوليان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعلق الثلث في الصور كلها فاذا وجد الشرط طلقت المدخول بها
ثلثا سواء تقدم الشرط او تاخر وطلقت غير المدخول بها واحدة تقدم او تاخر والاصل لزم حرف موضوع العطف
مع التراخي اتفاقا لكن اثر التراخي عند ابي حنيفة في انقطاع حكم المعطوف عن المعطوف عليه كانه سكت عن
الاول واستانف حكم الثانية قولا منه بكمال التراخي الذي وضع هذا الحرف دالا عليه في الوجود والتكلم
جميعا وقال ابو يوسف ومحمد اثر التراخي راجع الى الوجود لا في التكلم والتعليق لان ثم تقتضي العطف في التكلم
فيجتمع الكل في التعليق عملا بالعطف ثم ينزل على الترتيب عملا بالتراخي فاذا كانت المراة موطوءة يقع
الكل على الترتيب لقيام المحل واذا كانت غير المدخول بها بانت بالاولى ولغى الباقي وابو حنيفة يقول

اذا قدم الشرط في غير المدخول بها تعلقت الاولى ثم يجعل مابعدها للطلاق بجدح فتنجز الثانية فتبين
وتلغو الثالثة لفوات المحل واذا اخر الشرط وقعت الاولى منجزة كانه سكت عنها فلم تتعلق ما بعدها
فاذا بانت بها ما بقيا لغوا لانه تعليق في غير الملك واما المدخول بها اذا قدم الشرط تعلقت الاولى
وتجعل في الباقي مستانف فيقع الثالثة لعدم تعلقها بالاولى والثالثة ايضا لقيام العدة فاذا اخر
الشرط وقعت الاولى والثانية منجزتين لعدم تعلقهما بالشرط والعدة قائمة وتعلقت الثالثة لقيام المحل
مالك ويجيز تعليقه بالطلاق واجازوه مع التعميم اذا قال للمرأة الاجنبية ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة
اتزوجها فهي طالق صح التعليق ووقع الطلاق عقيب النكاح وقال الش فهي لا يقع والخلاف مبني على ان التعليقات
ليست باسباب في الحال عندنا وعنده هي اسباب وقال مالك عند الطلاق قبل التزوج على ضربين ان يوقعه
ما لا يشد على نفسه طريق الاستباحة به صح ولزم كما اذا عين بلدا بعينه او قبيلة قبيلة بعينها او نوعا من
النساء معينا او صفة مخصوصة او عم وخص اصلا بعينه بجعله يبلغ عمره كالسنة والسنين على حسب عمره
وقت اليمين مثل ان يقول من تزوجت من البواخ او من العجم او كل بكرا او سوداء او من لها ولد او في هذه السنة
واما اذا لم يبق لنفسه شيئا وسد طريق الاستباحة بان قال كل امراة اتزوجها فهي طالق لم ينعقد طلاقه او لم
ينعقد يمينه اما انعقاده عند التعيين فلانه اضاف الطلاق الى حالة تملك فيها ابتداء ايقاعه احدكم ولانه
سد على نفسه طريق استباحة البضع فوجب ان لا يلزمه لان في ذلك تعريضا لنفسه للزنا وما افضى الى ذلك
فهو ممنوع موضوع وللشافعي انه لو وقع بالوجه منه عند التعليق فيكون تطليقا وقال عليه السلام لا طلاق
قبل النكاح ولنا ان الموجود منه تصرف يمين يعتمد اهلية الطلاق لقيامه بلا قيام الملك عند اليمين لان الوقوع
عند وجود الشرط والملك موجود وليس اثر اليمين الا المنع من ايجاد الشرط وذلك قائم بالحالف فصح التعليق
والحديث محمول على التنجيز نقل ذلك عن الشعبي والزهري وغيرهما وليس هذا تحريما للبضع وانما هو امتناع
عن تحصيله والحيلة في ذلك لمن وقع فيه ان يتولى فضولي تزويجه ثم يجيز هو النكاح بالفعل لا بالقول
ذكره في الفتاوى او ان يترافعا الى قاض شافعي فيحكم ببقاء النكاح وبفسخ اليمين بعد دعواها النكاح والمهر
فان امضاه قاض حنفي بعد ذلك كان احوط قال واذا ان تزوجتك فانت طالق قبله بيوم رجل قال للاجنبية
ان تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك فتزوجها لم يقع عليها شيء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقع عقيب
النكاح لانه علق الطلاق بالنكاح واراد ان يوقع الطلاق الواقع قبل النكاح فلم يقدر واذا ذكر ذلك الوقت
كالو قال اليوم وغدا او غدا اليوم ولهما ان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجوده ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك
لا تطلق فكذا هذا وما ذكر محتمل فلا يقع الشك قال واذا علق بالشرط باحد الفاظه كان واذا واذا ما

ومتى

ومتى ومتما وكل وكلما ان ملك او مضاف اليه صح ولا يبطل بزوال الملك فان وجد فيه انحلت اليمين
ووقع المعلق عقيبه والا انحلت ولم يقع ولا يتكرر الا في كلما وانتهينا التكرار باتمام الثلث وابطلناه بتنجيزها
اما صحة تعليق الطلاق بالشرط فمتفق عليه لكن الخلاف بيننا وبين الش في ان التعليق سبب الطلاق
في الحال او هو سبب عند وجود الشرط فعنده هو سبب في الحال وعمل الشرط في منع ترتب اثره عليه وعندنا هو ليس
في الحال وانما يصير سببا عند وجود الشرط وقد مر الكلام في هذا الفصل في كتاب الطح واما الالفاظ المستعملة
في التعليق فالاصل فيها ان ولا دلالة فيها على الزمان وباقي الالفاظ يدل على الزمان كما مر وانما استعملت
هذه الالفاظ في الشرط لانها موضوعة لذلك وكلمة كل ليست بشرط لان الشرط ما يليه الفعل وهذه يليها الاسم الا
ان الذي يتعقب الاسم يلحقها بالشروط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها كقولك كل عبد اشتريتها فهو حر وتقتضي
العموم في الافعال ولذلك اقتضت التكرار بخلاف باقي الالفاظ الشرط واما شرط صحة التعليق فان يكون في ملك
او مضاف الى ملك اما الملك فمثل ان يقول لامراته انت طالق ان دخلت هذه الدار او يقول لعبده ان كلمت زيدا
فانت حر واما الاضافة الى الملك فمثل ان يقول للاجنبية ان تزوجتك فانت او كل امراة اتزوجها فهي طالق
او عبدا اشتريته فهو حر وهذا لان معنى اليمين هو الحمل على الفعل او المنع منه لا يتحقق الا وان يكون الجزاء
اما متحقق عند وجود الشرط او غالب الوجود عند وجوده ليكون وقوعه فيحقق الحمل او المنع ولا دلالة الا بالملك
او بالاضافة اليه فانه حال الاضافة الى الملك يكون الجزاء واقعا لا محالة وحال قيام الملك يكون الجزاء غالب الوجود نظرا
الى استصحاب الحال اما اذا لم يكن ملك ولا شبهه بان قال للاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق لم يفد التعليق
فايدته وهو الحمل او المنع اذ الجزاء ح لا يكون متحققا ولا غالب الوجود فلم ينعقد اليمين لفوات فايدته وانما
زوال الملك لا يبطل اليمين فلو اذا قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها بواحدة وانقضت عدتها
ثم تزوجها فدخلت الدار طلقت لان الشرط والجزاء باقيان اما الشرط فلانه لم يوجد واما الجزاء فلقيام محله فبقاء
الملك عليها يبقى اليمين ثم ان وجد الشرط في ملك انحلت اليمين ووقع المعلق عقيبه لان الفعل اذا وجد في ملك فقد الشرط
والمحل قابل لنزول الجزاء فينزل وانتهت اليمين بانتهاء الشرط والجزاء وان وجد الشرط والجزاء في غير ملك انحلت اليمين
لوجود الشرط ولم يقع شيء لعدم قبول المحل ولا يتكرر الجزاء بتكرر الشرط الا في كلما لاقتضائها العموم المستلزم للتكرار حتى
ينتهي الطلقات الثلث بخلاف غيرها لعدم اقتضاء ذلك فمتى وجد الشرط مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدون الشرط
واذا تزوجت بعد الثلث بزوج آخر وعادت ووجد الشرط في الملك الثاني لم يطلق عندنا وقال زفر تقع الطلاق
وقيد الحلاف من الزوائد له اقتضاء كلمة كل للتكرار ولنا انه انما علق بما يملك من الطلاق وقد انتهى ذلك وهو الجزاء
فينتهي اليمين ضرورة ولذلك حل فيه فانه اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم نجزها فقال انت
طالق ثلثا

فقد وجدت بزوج آخر ثم عادت اليه فدخلت الدار يطلق عندنا وقال زفر تطلق ثلثا له ان زوال الملك
لا يبطل التعليق فانه لو قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر ثم باعه ثم عاد الى ملكه فدخلها عتق
واعتبار التنجيز واحدة والتنجيز فانه لا يمنع بقاء التعليق فكذلك تنجيزها ولنا انه يوقع عليها ما
يبق محلا الطلاق لانه شرع لوضع الحال الثابت على الطلقات الثلث واليمين تفوت بفوت محلها كما يفوت
بفوات شرطها فانه اذا قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق فاتخذها مسجدا بطلت اليمين وكذا اذا
مات بطلت اليمين بخلاف البيع لانه بصفة الرق كان محلا وقد عاد بتلك الصفة والبيع لم يبطلها وبخلاف ما لو
طلقها واحدة او ثنتين لان الحل ثابت فبقي اليمين واذا استفاد جنس ما انعقد عليه اليمين من الحل تمام الحل
المستفاد تمام الغائب منه وسد مسد ما فات منه وسرى اليه حكمه كما اذا انتقص النصاب في اثناء الحول
ثم تم النصاب في آخر الحول فانه سد مسد الغائب بخلاف ما لو لم يبق شيء واستفاد مالا آخر
فانه لا يسري حكم المال الاول لانقطاعه فكذا هذا قال ولحاقه مرتدا يبطل تعليقه رجل قال لامراته
ان دخلت الدار فانت طالق ثم ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما وتزوجها فدخلت الدار
لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا طلقت لان زوال الملك بعد التعليق لا يبطله فاذا دخلت الدار فقد الشرط
في ملكه والحلف اليمين ووقع الطلاق وله ان ابقاء تعليقه باعتبار قيام اهليته وبالارتداد انعقدت العصمة
ولحق بالجماد فلم يبق تعليقه بفوات الاهلية فاذا ابى الاسلام لم يعد ذلك التعليق الذي حكم بسقوطه الا بحالة
عود الساقط قال واوقعنا البائن المعلق بشرط وجد في عدة بائن منجز رجل قال لامراته انت طالق بائن
ثم طلقها طلاقا بائنا منجزا ثم وجد الشرط في عدتها وقع عليها تطليقة اخرى بائنة وقال زفر لا يقع لان المعلق
بالشرط يرسل عند وجوده ولو طلقها بائنا منجزا في عدتها من بائن منجز لم يقع فكذا هذا ولنا ان التعليق صحيح
وقد وجد الشرط وهي محل لوقوع الطلاق عليها لبقاء عدة النكاح فينفذ الجزاء كما لو كانت في عدة من طلاق رجعي
ولو قال كلما تزوجتها فهي طالق فتزوجها في يوم ثلثا ودخل بها في كل مرة الزمه باربعة مهور ونصف وابانها
بثلث وكلما طلقتين ومهرين ونصف رجل قال لامراته كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها في يوم ثلث
مرات ودخل بها في كل مرة قال ابو حنيفة وابو يوسف طلقت طلقتين وعليه لها مهران ونصف وقال محمد
بانت منه بثلث وعليه لها اربعة مهور ونصف قبل الدخول بها فعند محمد عليها تمام العدة الاولى وعليه نصف
وقالا عليه عدة مستقبلة ولها عليه المهر المسمى في النكاح الثاني كاملا لمحمد انه لما تزوجها اولا وقعت
طلقة لوجود شرط الطلاق ووجب نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وبالدخول بعده وجب المهر للشبهة
فلما تزوجها ثانيا صح والدخول الاول ليس بدخول في هذا النكاح الثاني على اصله فوقع الطلاق للشرط وهو قبل
الدخول

فوجب

وجب نصف مهر آخر فلما دخل بها بعده وجب مهر آخر بالدخول ولم يصر مراجعا ولما تزوجها بالثالث
صح وطلقت بالثاني لوجود الشرط وهو قبل الدخول ايضا فوجب نصف مهر ثم بالدخول مهر وطلقت ثلثا لوجود
الشرط ثلث مرات ووجب بكل نكاح نصف مهر وبكل دخول مهر فصار اربعة مهور ونصف ولهما انها لما
تزوجها اولا وقع الطلاق لوجود الشرط ووجب نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ثم دخل بها على شبهة
فوجب به مهر ثم تزوجها ثانيا فوجد شرط الطلاق الثاني فوقع هذا الطلاق بعد الدخول على اصلهما لاشتغال
رحمها بمائه فوجب عليه مهر تام وهذا طلاق رجعي فاذا دخل بها بعده صار مراجعا فلما تزوجها لم يكن نكاحا
لم يوجد شرط لطلاق آخر فلم يقع الثلث بل كان الواقع طلقتان فتجب مهران ونصف بالطلاق الاول
قبل الدخول ومهر بالوطي الاول وطلاق ثاني بالنكاح الثاني ومهر بالطلاق بعده ولا اعتبار للنكاح الثالث لانه اثبات
ما هو ثابت ولا يجب عليه شيء بالوطي الثاني لكونه رافعا قال او بائنا الزمه بثلث مهور ومائتين وخمسة ونصف
وبانت بثلث فلو كان قال لها كلما تزوجتك فانت طالق بائن فتزوجها ثلث مرات في يوم ودخل بها في كل
مرة فقد بانت بثلث تطليقات بالاجماع ولها اربعة مهور ونصف عند محمد وقالا عليه خمسة مهور ونصف
اما عند محمد فانه اعتبر بالمسألة السابقة لان الدخول في العقد الاول ليس بدخول في الثاني واما ابو حنيفة وابو يوسف
فانهما قالا لما تزوجها اولا طلقت ووجب نصف مهر وبالدخول بعده مهر للشبهة وبالنكاح ثانيا طلقت في هذا الطلاق
بعد الدخول عندهما فوجب مهر كامل وبالدخول بعده مهر آخر للشبهة ولم يصر مراجعا به لان الطلاق بائن
وبالنكاح ثالثا طلقت بالثالث وهو بعد الدخول حكما فوجب به مهر كامل ثم بالدخول بعده مهر آخر فصارت
الطلقات ثلثا لان النكاح ثلث والمهور خمسة ونصف بالطلاق الاول لانه قبل الدخول ومهر بالطلاق الثاني
ومهر بالطلاق الثالث وثلثة مهور بالدخول حقيقة ثلث مرات قال ولو اختلفا في الشرط كان القول له
والبينة لها لانها مدعية مثبتة فيفتقر ببينتها والزوج منكر والقول للمنكر مع يمينه قال فان استفيد منها اعتبر
قولها فيها كان حضت فانت طالق وفلانة فاخبرت طلقت خاصة ويشترط استمرار الدم ثلثة فان
حيضة فطهارتها وكالتعليق بمحبتها وبغضها فان قال ان كنت تحبين او تبغضين وهذا لانها امينة في ذلك لا يوقف
الامر جهتها والشرع اعتبر قولها في ذلك في العدة والوطي الا انه في حق ضرتها شاهدة وهي فيها متهمة فلم تقبل
في حقها واذا رأت الدم في قوله ان حضت فانت طالق لم تطلق بمجرد ذلك حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دون
الثلث لا يكون حيضا فاذا تمت الثلث حكمنا بالطلاق من حين رأت الدم لانه تبين بالامتداد ولو قال ان
حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها لانها عبارة عن الكاملة ولهذا حمل عليه في حديث
الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر منها واما التعليق بمحبتها وبغضها فانه شرط لا يعلم الا من جهتها

فيصدق فيه باخبارها فاذا قال ان كنت تحبيني او تبغضيني فانت طالق فقالت انا احبك او ابغضك وقع
الطلاق عليها فلو كان ان وانت طالق في فلانة طلقت خاصة ما مرة واذا قال ان كنت تحبيني بقلبك فانت
طالق فقالت احبك وهي كاذبة قال محمد يقع الطلاق لانه لما علق الطلاق بمحبتها بقلبها تعلق في حق حقيقة
الحب وقالا لا يقع لان المحبة لا يكون الا بالقلب فكان ذكره والسكوت عنه سواء ولو سكت عنه لم يتحقق حقيقة
الحب لانه لا اطلاع عليه فادير الحكم على السبب الظاهر وهو الخبار عنه كذا هذا **فصــل في الاختيار
والمشيئة** واذا قال اختاري ينوي الطلاق يتقيد بالمجلس لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم
ولانه تمليك فعل الاختيار والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كالبيع والهبة ونحوهما لان ساعات المجلس واحدة حكما
ولا يقال ان مقتضى التمليك القبول في المجلس دون التصرف فيه لانا نقول هذا تمليك في ضمن الطلب فوجب ان يكون
القبول في ضمن الفعل فيكون القبول على وفق الايجاب ولابد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها
ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فكانت النية مميزة للمراد قال فان تبدل حقيقة او حكما بطل بتبدل المجلس
حقيقة بالانتقال عنه الى مجلس آخر وذلك دليل الاعراض عن الجواب بيقين وبتبدله حكما ان يشتغل بعمل آخر لان
مجلس الاكل غير مجلس البيع والشراء وغير مجلس المناظرة حتى ولو كانت في عمل آخر دليل الاعراض ايضا ولا يعتبر
العذر قال محمد يقول اذا اخذ الزوج بيدها واقامها في المجلس بطل خيارها فقد اشترك الى ذلك حيث قلت
فان تبدل مجلسها ايكون ذلك ام يتبدل بجلوس نفسها او بغيرها ولو كانت في صلوة مكتوبة او وتر فاتمتها
لا يبطل خيارها وكذا في التطوع اذا اتمته ركعتين لانها ممنوعة عن قطع العبادة شرعا فان اتمت التطوع
اربعا بطل لان الزيادة في الركعتين في النفل كالدخول في صلوة اخرى وكانت معرضة وعن محمد الاربع قبل
الظهر لا يبطل ولو اتمتها اربعا هو الصحيح والقعود بعد القيام لا يبطل الخيار لانه دليل للتروي والتفكر وكذا
الاتكاء بعد القعود او القعود بعد الاتكاء لانه هيئات الجلوس فليس دليل الاعراض وقيل الاتكاء بعد القعود
مبطل لانه دليل التهاون بالامر وهو الاصح ولو كانت على دابة فوقفت بقيت خيارها وان سارت بطل الا
ان تختار مع سكوت الزوج ولان السير مضاف اليها فكان المجلس متبدلا قال وان اختارت نفسها كانت بائنة
ولم يقع الا ثلثا وان نواها ذلك لانها اذا اختارت نفسها وقد تخصصت بها دون غيرها ولا يكون ذلك الا
بالبينونة ولا يكون ثلثا وان نواها الزوج خلافا لمالك والكلام فيه كما مر في الكتاب وهذا لان الاختيار
لا يتنوع فلا تعتبر فيه النية بخلاف الابانة لانها تتنوع الى غليظة وخفيفة والقياس ان لا يقع بهذه العبارة
شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا عدلنا عن القياس
الى الاستحسان لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولان الاختيار اليه في استدامة نكاحها ومفارقتها فكان له ان يتم نفسه
في حق هذا الحكم

قال

قال ولابد من ذكر النفس في كلامه او كلامها وهذا كما نقول اختاري نفسك فتقول اخترت او نقول
اختاري وتقول اخترت نفسي ولو قال اختاري فقالت اخترت فليس بشيء لان ذلك عرف باجماع الصحابة
وهو في ذكر النفس من احدى الجانبين ولان المبهم لا يصلح مفسرا للمبهم فلم يقع لغلبة الاختيار وتفسيرها غايتها لان هذا
اللفظ ليس موضوعا للطلاق وانما جعل بالسنة فيما اذا كان مفسرا فاذا لم يكن مفسرا لم يقع به شيء وذكر في المحيط
انه لابد من ذكر النفس او التطليقة او الاختيارة في احد الكلامين اما ذكر النفس فلما قلنا واما الاختيارة في
فلان الهاء تدل على الوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري
فقالت انا اختار نفسي يقع الطلاق والقياس ان لا يطلق لاحتمال الوعد فلا يتحد جوابا فصار كما لو قال طلقي
نفسك فقالت انا اطلق نفسي ولا استحسان ان يقع لاجماع الصحابة ولان الشرع جعل ذلك جوابا منه وجوابا منها
فانه روي انه لما نزل قوله تع يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا الاية بدا رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعايشة رضي الله عنها فقال اني اخبرك بشيء فلا عليك ان تجيبيني حتى تستامري ابويك ثم اخبرها
بالاية فقالت افي هذا استامر ابواي يا رسول الله بل اختار الله ورسوله واردت بذلك الاختيار للحال
وجعله رسول الله عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال ومجاز للاستقبال كما في
كلمة الشهادة بخلاف قوله اطلق لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حال قائمة وهو اختيارها
نفسها لان الاختيار عمل القلب واللسان مترجم فامكن ان تختار بالقلب وتعبر عنه باللسان واما الطلاق
عمل اللسان لتعلقه بالصيغة فلم يمكن ان يكون حكاية عن حال قائمة قال ولو قال اختاري نفسك اليوم
وبعد غد فرق اليوم انتهاه بعد الغد ولو قال اختاري نفسك اليوم وبعد غد فهذان خياران وقال
زفر هو خيار واحد في وقت واحد فاذا ردت اليوم وارتدت الخيار لان كلمة الزمان المعطوف حكم المعطوف
عليه قضية للواو المقتضية للجمع فصار كما لو قال اختاري نفسك هذين الزمانين وصار كقوله اليوم
وغدا واما ان احدا الوقتين غير متصل بالآخر تخلل وقت غير مذكور لا يثبت فيه حكم الاختيار فلم يكن
ذلك الوقت الثاني الا جل امتداد الامر اليه فلابد من امر آخر اذا الظرف لابد له من مظروف بخلاف قوله
اليوم وغدا لاتصال الوقتين فكان ذكر الغد لامتداد الامر الاول وهو ممكن فلم يضطر الى اثبات امر آخر
فكان الامر الاول هو ممكن فلم يضطر الى اثبات امر آخر فكان الامر فيه واحدا قال او كرر لفظ اختاري
ثلثا فقال اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة فهي ثلث وقالا واحدة اذا كررت لفظ الاختيارة
ثلثا فاختارت احدها وقع عليها ثلث طلقات وقالا يقع واحدة ولا حاجة الى نية الزوج ولا ذكر النفس
بالاجماع بدلالة التكرار عليه لان الاختيار في الطلاق هو الذي يتكرر ولهما انها اختارت واحدة فيقع
ما اختارت

وصار كما لو قالت اخترت نفسي بتطليقة او قالت طلقت نفسي واحدة وله ان تعوضها للاولى والوسطى
والاخيرة لغو فيبقى مجرد الاختيار فيقع به الثلث وهذا لان الاولى اسم للواحدة السابقة والاخيرة للواحدة
اللاحقة والوسطى للمتخللة بين المتساويين وهذه الاوصاف الدالة على الترتيب لم توجد لانها حالة الاجتماع
وانكان الترتيب في مجتمع واذا لغى الترتيب وبقي قولها اخترت وانه موجب للثلث ولانه تعوّل الحادي
علق طلاقها كلها بجوابها وبالكون تعلق الثاني بما علق به الاول وكذلك الثالث لانه لو كان معلقا بجواب آخر
بطل لان البائن لا يلحق البائن ولما صح تبين ان الكل معلق بجواب واحد واذا اجابت فقد وجد شرط
وقوع الثلث كما لو كرر ان دخلت الدار فانت طالق ثلث مرات فدخلت مرة طلقت ثلثا لانه
جواب الكل بخلاف قولها طلقت نفسي واحدة لانه تصريح بالطلقة الواحدة قال او من ثلث ما شئت فلها ان
تطلق نفسها واحدة او ثنتين وليس لها ان تطلق الثلث عند ابي حنيفة وقالا لها ان تطلق ثلثا ان شاءت
لان كلمة ما محكمة في العموم ومن تحتمل التبعيض حملت على التميز كانت ما عامة في كلها فوقع الشك في ملكها
الطلقة الثالثة فلا يقع بالشك بخلاف الطعام فان دلالة الحال يقتضي الجود فحملت على التعميم بخلاف الطلاق
لانتفاء دلالة التعميم حيث يحترز عن وقوع الثالثة اشد احترازا قال ولو قال طلقي نفسك تقيد بالمجلس
وليس له الرجوع فان طلقت كانت رجعية وان نوى ثلثا فاوقعها وقعن اما المجلس فلان الامر بتطليقها
نفسها تمليك لانه لا يمكن ان يكون توكيلا لانه في حق نفسها عامل تصرف لازم وهذه من الزوايد واذا طلقت نفسها
ولم يكن له نية في قوله طلقي نفسك امر معناه افعلي فعل التطليق وهو جنس يقع الادنى للمتيقن به
ويحتمل الكل عند الارادة والنية كسائر الاجناس ويكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق
وانه معقب للرجعة وان نوى الثنتين لم يصح لانه عدد الا اذا كانت امة فيكون التطليقتان كل جنس طلاقها
قال ولو متى شئت عم اذا قال لها طلقي نفسك متى شئت او اذا شئت او متى ما شئت او اذا ما شئت فلها
ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة للاوقات فصار كما لو قال في اي وقت شئت قال ولو وكل به
عم وصح الرجوع اذا قال لرجل طلق امراتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل والتوكيل استعانة
فلا يلزم ولا تقتصر على المجلس بخلاف طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فصار تمليكا لا توكيلا وهذه من الزوايد
قال او ان شئت قيدناه بالمجلس ومنعنا عزله رجل قال لآخر طلق امراتي ان شئت اختصت بالمجلس ولا يملك
عزله وقال زفر يعم المجلس وغيره ويملك عزله عنه لان التقييد بالمشية لغو لانه لا تطلق الا بمشيته فبقي قوله
طلقها وهو توكيل كقوله بع عبدي هذا ان شئت ولنا انه تعليق بالمشية يدل على ان مراده التمليك دون
التوكيل الذي هو استنابة لان الوكيل في هذا كالرسول لانه سفير والتعليق بالمشية دليل التمليك فان المالك
هو

هو الذي يتصرف على المشية والوكيل انما يتصرف على مشية الموكل فالتنصيص على المشية دليل اثبات
المالكية له وقد اتى بصورة الشرط فكان تمليكا معنى وتعليقا صورة فلم يصح رجوعه عنه لاستلزامه ابطال
الملك على المفوض اليه بدون رضاه وابطال التعليق وانه غير ممكن فوجب اللزوم بخلاف ما لو قيد
بالمشية لانه توكيل واستنابة لا تمليك وانه ينافي اللزوم حتى وان كان صورة فلا يثبت اللزوم بالشك ونحنا
تعاونا على اللزوم حافرقا والبيع غير قابل للتعليق فبطل ذكر المشية فبطل معنى التمليك فبطل اللزوم
بخلاف الطلاق لقبوله التعليق والتمليك فيثبت اللزوم قال او انت طالق كيف شئت فهو واقع مطلقا
والكيفية مشيتها في المجلس ان نوته واتفقا عليها اصلا ووصفا رجل قال لامراته انت طالق كيف شئت قال
ابو حنيفة رحمه الله يقع عليها طلقة واحدة رجعية اذا سكتت شاءت في المجلس او ما شاء ثم يتعلق كيفية هذه
الطلقة الواحدة بمشيتها في المجلس فان قالت قد شئتها بائنا وقع بائنا ان نوى الزوج ذلك وان شاءت
ثلثا كان ثلثا ان كان نوى وقالا لا يقع حتى توقف اصل الطلاق ووصفه على مشيتها فان شاءت في المجلس وقع وان لم
تشا وقوع شي لم يقع لانه اراد ايقاع الطلاق على الوصف شاءت ولا يكن ذلك الا بان يتوقف اصل
الطلاق على مشيتها اليقع على الوصف الذي شاءت فتعلق اصله على المشية بالضرورة وله ان كلمة كيف للاستيصاف
من وانتفويض في وصف الطلاق ويقتضي وجود اصله ووجوده بوقوعه فاذا وقع ثم شاءت كونه الواقع بائنا
او ثلثا وانما شرط النية ليثبت المطابقة بين مشيتها وبين ارادته فلو ارادت ثلثا والزوج واحدة او على العكس
يقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم يحضره نية قالوا يعتبر مشيتها
جريا على موجب التخيير قال وان شئتما فانتما طالقان شرطنا المشية منهما جميعا حتى لو شاءت
احديهما طلاق نفسها دون الاخرى او شاءتا طلاق احديهما او شاءت الاخرى طلاقها لم يقع الطلاق وقال زفر
يقع الطلاق على التي شاءت لانه لو خاطبهما يتناول كلا منهما فكذا اذا خاطبهما بطلاق معلق بالمشية فصار
كانه قال لكل منهما انت طالق ان شئت ولنا ان معنى قوله شئتما اي طلاقكما ضرورة افتقار المشية الى ما يتعلق
به وهو منوي محذوف من اللفظ مدلول عليه بقوله طالقان وبمشية احديهما طلاقها او مشيتهما طلاق
احديهما هو بعض الشرط فلا يترتب شي من الجزاء كقوله ان دخلتما هذه الدار وكلمة ما زائدة فانتما طالقان
وقد ذكر في الحصر تعليل زفر كما لو قال ان دخلتما دار بكر او كلمتما دار بكر وهذه المسئلة معروفة في الجامع
الكبير وغيره من الكتب المعتبرة والحكم فيها مخالف لما ذكر في الحصر فان دخولهما شرط لوقوع الطلاق
عليهما بالاجماع ولعله السهو في ذكر الكتب قال او انت طالق غدا ان شئت انيطا الخيارة في الغد لا في
المجلس رجل قال لامراته انت طالق غدا روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان لها المشية في الغد في ظاهر المذهب

ان شئت بقيت لخيارها وقال زفر في المجلس ولو كان قدم الشرط فقال ان شئت فانت طالق غدا
ان لها الخيار في المجلس لا في الغد وزفر يثبت الخيار في المجلس في الصورتين لان قوله ان شئت شرط ولا تفاوت
بين تقدم الشرط وتأخره في اللفظ فان الجزاء لا ينزل ما لم يوجد الشرط بدليل انتفاء الفرق بين قوله ان دخلت
الدار فانت طالق وبين قوله انت طالق ان دخلت الدار فكذا هنا ولنا ان بذكر المشية وجه ظاهر الرواية فيما
اذا قدم الشرط وهو الاقتصار على المجلس ووقوع الطلاق في الغد انه ملكها الطلاق موجلا كما لو ملكها في طلاق
منجز وان المشية عند الايقاع كذلك وهذا وجه آخر وهو الفرق انه لو قال ان شئت فانت طالق فاقتصر على
ذلك يتقيد بالمجلس فاذا قال غدا بعد ذكر الطلاق كان تقييد الطلاق بالغد فانتيت المشية متقيدة بالمجلس
واما اذا قال انت غدا ان شئت فذكر تعليق في الغد ان شئت تعليق ذلك بالمشية فيكون في الغد وجه
رواية ابي يوسف ان المشية شرط الطلاق والطلاق موقت بالغد فكانت المشية كذلك لانه ملكها المشية فيه
وصورة مشيتها ان يقول شئت ان اكون طالقا غدا للتفويض الطلاق الى مشيتها في الحال ولو قال شئت لا يقع
الطلاق اليوم لم يقع في اليوم ولا في الغد لانها شاءت غير ما فوض اليها واتت بشيء آخر فصار كقيامها
عن المجلس قال ولو قلنا انت طالق ثلثا الا ان تشائي واحدة فشاءتها بحكم بها والغاها رجل قال لامرأته انت طالق ثلثا الا
ان تشائي طلقة واحدة فقالت شئت طلقة واحدة عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه ابتث لها مشية طلقة واحدة
وقد شاءتها في المجلس لان المفهوم من هذا الكلام ان يقع الثلث ان شاءت الواحدة ولا يقع الثلث ان شاءت
الواحدة فاوقعتها فكانه قال انت طالق ثلثا الا ان تشائي الواحدة فاوقعها عليك فلا تطلقي ثلثا ولو قال
كذلك فشاءت الواحدة يقع فكذا هذا وقال محمد لا يقع شيء اذا شاءت الواحدة لانه تعذر الحمل على الاستثناء
لعدم المجانسة وعلى الغاية لان الطلاق لا يتوقف وكان للشرط لما بين الشرط والاستثناء من المشابهة باعتبار
تضمنهما معنى الغاية من حيث ان في الشرط معنى الغاية لان موجب التعليق ينتهي به فصار معنى هذا الكلام الا
ان تشاء الواحدة فلا تطلقي فيكون مشيتها للطلقة الواحدة علما على عدم وقوع الثلث كانه قال ان لم تشاء الواحدة
فانت طالق ثلثا ولو قال كذلك فقالت شئت واحدة لم تطلق شيئا فكذا هذا قال او ان شاء الله متصلا لم يقع
اذا قال انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق وقال مالك رحمه الله يقع لان الطلاق معلق بشرط محقق
فيكون تنجيزا لانه لو لم يشاء الله طلاقها لم يكن يلفظ به يؤيده ان الاستثناء في اليمين بالله معناه انتفاء الانسان
من الحنث والوقوع ومشيتها الى الله تعالى فاذا عقد على نفسه يمينا بالله تعالى وانشا المشية فقد حل العقد ورد
الامر المشية ونسبه الى نفسه العجز والمساوي على العقد فاذا ذكر مثله في غير ذلك من الايمان فقال مثلا انت
طالق ان شاء الله فان اراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره وان اراد وجود الطلاق فقد حكمت الشريعة

انه

انه اذا صدر اللفظ وجب الطلاق وان اراد ما يكون من المشية فيما بعد فمشيته قديمة عند اهل
السنة فتحققه انما يحدد بحال ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا
انه لا حنث عليه وانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ولا وصول
الى العلم بوجود الشرط فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به كسائر الشروط لانه بيان مغير فيشترط
ايصاله واذا سكت يثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا ولا يسمع قال او ثلثا وثلثا او حمر
ان شاء الله قال ابو حنيفة يقع الطلاق والعتاق ويلغو الاستثناء وقالا لا تطلق ولا تعتق لان قوله ثلثا تاكيد كقوله
جاي زيد زيد فلا يكون لغوا فيكون الاستثناء متصلا فيبطل به الايقاع وصار كقوله انت طالق واحدة وثلثا
ان شاء الله وله ان قوله وثلثا لغو لخلوه عن الفائدة وقد تخلل بين الايقاع والاستثناء فمنع الاستثناء من العمل كتخلل
السكتة او كلام آخر بخلاف قوله واحدة وثلثا اي فائدة ثبوت الحرمة الغليظة والقاضي ثابتة بقوله ثلثا
الاول فلغوت الثانية ولا يجوز ان يكون تاكيد لتخلل واو العطف ولان التكرار لا يوكد بخلاف زيد زيد
لكونه حرية قال او ان شاء الله انت طالق بحوله تعليقا وجعلها تعليقا اذا قال ان شاء الله انت طالق فهو تعليقا فا
في الجزاء قال ابو يوسف وهو تعليق الطلاق فلا يقع لانه اتصل الايجاب بما يبطله وهو الاستثناء فوجب ان يبطل
حكمه به فصار كما دخل الفاء في الجزاء وقدمه وقال محمد هو تنجيز الطلاق وليس تعليق لان قوله انت طالق صيغة
التنجيز لا التعليق بالشرط لانتفاء فاء الجزاء الموجبة لارتباطها بين الجملتين والاتصال بدون وجه سبب الاتصال
وهو الاداة الموضوعة لذلك وهنا ان الجملة الثانية مربوطة بالاول عند وجود الفاء الموجبة للاتصال لو لم
يوجد بعضا حقيقة ولا حكما لعدم نية اضمارها فان الكلام فيه حتى لو نوى اضمارها لا تنجيز الطلاق ويصدق
ديانة بالاجماع ذكره في الجامع الكبير واما تقديم الجزاء فلتوقف اول الكلام آخره اذا كان في آخره ما يغير به
اوله فيمنع التنجيز عند الاتصال وتعقب حرف الشرط موجب للاتصال بين الجملتين التي هي الجزاء والشرط
بخلاف ما اذا أخر الجزاء لانه فرقا قال ولو استثنى من الثلث ثنتين وقعت واحدة او واحدة فثنتان
اذا قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين يطلق واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالمستثنى
بعد المستثنى منه فلا فرق بين قولك لفلان علي درهم وبين قولك لفلان علي عشرة الا تسعة فيصح استثناء
البعض من الجملة لبقاء ما تكلم به وهذا لما كان الاستثناء متصلا بصدر الكلام لانه مغير لصدره ففي المسألة
الاولى الباقي بعد الاستثناء ثنتان وفي الثانية الباقي واحدة فيقع ولو قال ثلثا الا ثلثا وقعت الثلث لبطلان
الاستثناء فيترتب على صدر الكلام موجبه تفريع اذا قال انت طالق عشرة الا تسعة وقعت واحدة
ولو قال الا ثمانية وقعت ثنتان والاصل انه اذا وقع اكثر من الثلث ثم استثنى والكلام كله صحيح فالاستثناء

عاملا في جملة الكلام ولا يكون مستثنى من جملة الثلث التي يصح وقوعها فيقع الاستثناء من جملة الكلام ويقع ما بقي
ان كان ثلثا او اقل لان الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم والجملة التي يلفظ بها جملة واحدة فيبطل الاستثناء
عليها فيسقط تكملة الاستثناء ويقع بعد الجملة ان كان مما يصلح وقوعه ولو قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا واحدة
وقعت واحدة لانه جعل كل المستثنى منه واذا استثنيت الواحدة من الثلث بقيت ثنتان واذا استثنيتهما
من الثلث بقيت واحدة كانه قال انت طالق ثلثا الا اثنتين ولو قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا اثنتين الا واحدة يقع واحدة
لانه استثنى الواحدة من الاثنتين فبقي واحدة فاستثنيتها من الثلث بقي اثنتان فاستثنيتهما من الثلث بقي واحدة
وكذا لو قال عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة استثنى السبعة من الثمانية بقي واحدة ثم استثناها من التسعة
فما بقي ثمانية ثم استثنى الثمانية من العشرة بقي ثنتان وعلى هذا جميع هذا النوع وتقريبه ان تعقد العدد
الاول بيمينك والثاني بيسارك والثالث بيمينك والثاني بيسارك والثالث بيمينك والرابع بيسارك ثم اسقط
ما اجتمع بيمينك مما بقي فهو الموقع **فصل في طلاق الفار قال** ومن ابان امرأته في مرضه
ثم مات ورثته وشرطها كونها في العدة رجل طلق امرأته في مرض طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته
عندنا وقال الشافعي لا يرث في الجديد وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال مالك ترث بعد
انقضاء عدتها كما ترث قبله للشافعي وهو القياس ان سبب التوارث هو الزوجية وقد زالت من كل وجه ولهذا
لا يرث الزوج اذا ماتت قبله ولمالك قول علي رضي الله عنه في حادثة امرأة عبد الرحمن بن عوف من فر عن كتاب الله
يرد عليه والطلاق ذلك يقتضي ارثها اياه مطلقا ولو بعد العدة الا ان تتزوج زوجا آخر لان المانع قائم
لانه لو مات الزوج الثاني مفارقا للاول يلزم ان ترثهما جميعا في زمان واحد وانه ممتنع وبعد العدة قبل التزوج
هذا المانع منتف فيعمل المقتضي عمله ولنا ان الارث باجماع الصحابة ولان الزوجية سبب ارثها في مرض موته
وقد قصد ابطاله فيرد عليه قصده وبتأخير عمله الى انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وانه ممكن لبقاء آثار
النكاح فيبقى في حق ارثها اياه بخلاف ما بعد انقضاء العدة لعدم الامكان لانقضاء سبب التوارث حقيقة
وشرعا اما حقيقة فظاهر واما شرعا فلانه ايحل لها التزوج بزوج آخر وانه مستلزم لزوال النكاح الاول
بعلائقه وآثاره من كل وجه وبخلاف عدم ارث الزوج منها لانقطاع السبب من جانبه من كل وجه لعدم العدة
قال وتعتد بالاقراء وهذا بعد الاجلين اذا ورثت المطلقة في المرض طلاقا بائنا فعدتها عند ابي حنيفة
ومحمد ابعد الاجلين احدهما ثلث حيض والآخر اربعة اشهر وعشر وقال ابو يوسف عدتها وانما تجب عدة الوفاة
اذا زال النكاح بالموت وابقاء النكاح في حق الارث امر حكمي فلا يعتبر العدة ولهما انه لما بقي النكاح في حق الارث
جعلناه باقيا في حق العدة احتياطا قال ولو علقه بفعل اجنبي فوجد في مرضه منعنا الارث رجل قال لامرأته

انت

انت طالق ان فعل كذا فوجد الشرط في مرضه قال زفر هو فار ميرثه لان المعلق بالشرط ينزل عند
وجود الشرط فكانه طلق للحال وعندنا اليمين انعقدت فلم ترثه حين تكلم لم يكن حقها متعلقا بماله في المرض
فلم يكن فارا **قال** او فعلها الضروري طبعا او شرعا ففعلته في المرض بطل حقها اذا علق في الصحة طلاقها
بفعلها الذي لا بد لها منه كالصلوة والصوم وكلام الاب او الاكل والشرب والتنفس ففعلت ذلك في مرضه قال
ابو حنيفة وابو يوسف يكون فارا ترث وقال محمد لا يكون فارا ولا ترث لانها رضيت به حيث باشرت
ما علق به طلاقها في المرض ولان الزوج لم يصنع في مرض موته شيئا يبطل حقها فلم ترث لزوال الزوجية
بالطلقات كما علق في الصحة بفعل اجنبي ثم وجد في المرض وكما لو علق بفعلها الذي لها منه بد ولهما انها مضطرة
الى مباشرته فوجب ان ينتقل فعلها الى الزوج او يلحق بالعدم في حق حرمانها عن الارث دفعا للضرر عنها بخلاف
الاجنبي لان الممتنع عن فعله خوفا من حرمانها عن الارث فلا يتضرر وبخلاف فعل لها منه بد لان التضرر
بفوات مصلحة العقد الذي لا بد لها منه اعظم من تضررها بفوات مصلحة فعل لها منه بد فعليها يلزم من السعي
في دفع الضرر الاعلى السعي في دفع الضرر الادنى **قال** ولو اقر المريض بانقضاء عدة من طلقها في الصحة
وصدقته فاقر لها او اوصى فلها الاقل منهما ومن ميراثها وكلما صحتهما رجل قال لامرأته في مرض موته كنت
طلقتك في الصحة وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية قال ابو حنيفة لها الاقل من ميراثها
منه ومما اقر لها به او اوصى وقالا لها جميع ما اقر به او اوصى لها به اقرارا او اوصى لها او ابنت في نكاحه ولا في عدته
فصح ذلك كالاقرار للاجنبية ولانه متهم لجواز انه جعل الاقرار بالطلاق وانقضاء العدة وسيلة الى انفتاح
باب الاقرار والوصية فيبطل الى الاقل منهما دفعا للتهمة ولان المريض محجور عن ايثار بعض الورثة على بعض قال
اصحابنا والصحيح ان العدة تجب عليها من وقت الاقرار وعليه الفتوى **فصل في الرجعة قال**
ويراجع المعتدة من رجعي وان لم ترض اذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعيا طلقة او طلقتين فله ان يراجعها
في العدة رضيت او لم ترض وقوله من رجعي اي طلاق رجعي فيشمل ذلك ما اذا طلق الحرة واحدة او ثنتين
والامة واحدة لانه بصريح الطلاق من غير عوض ولا صارف الى الرجعة قوله تعالى فامسكوهن بمعروف ولهذا ايم
الراضية بالرجعة والكارهة لها لانعام تفصل والشرط قيام العدة لان الرجعة استدامة للملك ولهذا
سمي امساكا وهو الابقاء ولا يتصور الاستدامة بعد انقضاء العدة لانه لا ملك ح فيستدام الابقاء بشرط
البقاء **قال** ولا يحرم به الوطئ الطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ عندنا وقال الشافعي يحرم الوطئ لان ملك النكاح شرط
جواز الوطئ وقد زال بالطلاق لانه لم يشرع الا رافعا لملك الزوجية قاطعا لها ولنا قوله تعالى وبعولتهن
احق بردهن سمى البعل الزوج والتسمية به حقيقة يستلزم قيام الزوجية وقيامها حل الوطئ بالاجماع ولانه لملك

رجعتها بدون رضاها نظرا له لتمكنه التدارك بعد الندم لكان مستبدا به فكان استدامة للنكاح القائم اذ
لو زال ملك المتعة منها ضرورة ولو زال لما استبد بالرجعة لكان مثبتا ملك المتعة حقه فيها بدون رضاها
وانه باطل ولو كان انشاء لتوقف على الاجازة او القبول والرضا والمهر والطلاق شرع رافعا لملك الزوجية
بعد انقضاء العدة الا ترى انه يملك ايقاع الثانية في العدة ولو كانت الزوجية زائلة في الحال وقوع الطلاق
لما امكن ايقاع الثانية لانه ازالة ما ازالته الاولى وازالة المزال بالطلاق محال قال وتثبت بالقول كراجعتك
لان ذلك صريح في معناه وتثبت الرجعة بلا خلاف قال وتثبتها بالفعل كالمس بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة
الرجعة بالفعل صحيحة كما لو وطئها او قبلها او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا
بالقول عند القدرة عليه لان الوطء عنده حرام فكذا دواعيه والحرام لا يصلح سببا للاستبقاء كملك النكاح بالعقد
الذي هو نعمة ولنا ان هذه الافعال تدل على الرجعة لانها استدامة النكاح واستيفاؤه ودلالة هذه
الافعال على ذلك ظاهرة كما يدل الفعل على اسقاط الخيار ثم الدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافعال تختص به
وعلى الخصوص في حق الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كالقابلة والطبيب وغيرهما
والنظر الى غير الفرج قد يقع للساكن والزوج مساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها
قال ويستحب الاشهاد ولا يجب اذا اشهد على الرجعة شاهدين كان مستحبا وقال الشافعي في القديم هو شرط
لا يصح الرجعة بدونه وهو قول مالك في الجديد وهو الصحيح من مذهبه ان الاشهاد ليس بشرط وجه القديم قوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم ذكر عقيب الرجعة والامر للوجوب ولنا ان النصوص المقتضية للرجعة مطلقة عن
قيد الاشهاد فلان الرجعة استدامة النكاح والشهادة ليست بشرط حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا الاستحباب
للتحرز عن التجاحد والامر محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهي مستحب فيها وهذا اولى من حمله على الوجوب
توفيقا بينه وبين النصوص المطلقة عنه قال ومنعناه من السفر بها حتى يشهد اذا اراد ان يسافر بالمطلقة
الرجعية فليس له ذلك حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا كان له ان يقبلها
ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن اي في العدة وفي المسافرة بها اخراجها من بيتها في العدة فلا يباح الا
اذا عزم على رجعتها فيشهد على رجعتها او يراجعها بدون الاشهاد فلا يكون المسافرة بها اخراجها في العدة
فيباح فلان الطلاق يبطل بالنكاح وانما تأخر عمله الى انقضاء العدة نظرا له لتمكنه التدارك فاذا ترك
حتى انقضت العدة تبين انه لم يكن له حاجة الى الرجعة فعمل الطلاق عمله من حين وجد ولهذا كانت
الاقراء من العدة فكانه ابانها من حين طلق فكان مسافرا بالمبانة معنى فاذا اشهد على الرجعة استقر
ملكه وبطلت العدة فجاز قال ولو ادعى الرجعة في العدة بعد انقضائها فان صدقته والا فالقول قولها

بغير

بغير بينة اذا انقضت العدة فقال كنت راجعتك في العدة فان صدقته في ذلك صحت الرجعة لانه
اخبر بما لا يملك انشاءه الآن فكان متهما في اخباره فاذا صدقته انتفت التهمة فلم يبق الا بينة
ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاختلاف في الاشياء الستة وسيأتي في الدعوى وانما قال فالقول
قولها بالجملة الموضوعة لتعريف الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه وانما الخلاف مختص باليمين لا انه داخل في
قوله بغير يمين فكان المجموع المركب هو قوله فالقول قولها بغير يمين قول ابي حنيفة المجموع المركب هو قوله
فالقول قولها مع اليمين قول صاحبيه فالمجموع المركب من الجملة مع ما تعلق من الجار قال ولو قال راجعتك
فاجابته انقضت عدتي او زوج الامة كنت راجعتك فيها فصدقه المولى وكذبته فالقول قولها فيهما هاتان
المسئلتان الاولى اذا قال الزوج راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم يصح الرجعة عند ابي حنيفة
فالقول قولها في ذلك مع اليمين وقالا يصح الرجعة ولا يكون اخبارها مبطلا لان قوله راجعتك اثبات
للرجعة بالقول الصريح والظاهر بقاء العدة حتى تخبر ولم يكن اخبرت قبل الرجعة واذا انقضت فقولها
قوله لم يكن مبطلا له كما لو سكتت ساعة ولهذا لو قال طلقتك فقالت مجيبة قد انقضت عدتي يقع وله ان قوله
راجعتك انشاء الرجعة وقولها انقضت عدتي اخبار فيستلزم سبق المخبر عنه لانها امينة في الاخبار
عن انقضائها فيثبت انقضاء العدة اما سابقا على الرجعة او مقارنا بها فلا يصح الرجعة لاقترانها بالانقضاء
وسبقه عليها ومسئلة الطلاق على الخلاف ولئن سلمنا فالطلاق يقع بالاخبار بعد الانقضاء ولا كذلك الرجعة
فافترقا بخلاف ما لو سكتت بعد الرجعة لصحتها بسكوتها فلا يعتبر قولها بعد ذلك والمسئلة الثانية اذا قال
زوج الامة بعد انقضاء عدتها كنت راجعتك في العدة وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها وقالا القول
قول المولى لانه اخبر عن بقاء الملك المتعة للزوج في الزمان الذي يملك انشاءه فيه فلم يصح تكذيبهما له
فيما يتهم في ذلك لانها امينة فيه شرعا لانها اعرف بحال نفسها فيقبل قولها فيه وكذا فيما ينبني عليه ولو كذبه المولى
وصدقته فالقول قول المولى عندهما وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال فظهر ملك المتعة للمولى
فلم يقبل قولها في ابطاله بخلاف الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عند الرجعة فلم
يظهر ملكه مع العدة قال واذا انقطع الدم في الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة بدون غسل وان انقطع
لاقل لم ينقطع الا بالغسل او مضي وقت صلاة او بالتيمم بالصلاة ووطئها بالتيمم وصح اذا انقطع دم المعتدة
في الحيضة ~~بدون غسل وان انقطع لاقل لم ينقطع الا بالغسل~~ الثالثة لعشرة ايام فقد انقضت العدة وانقطعت
الرجعة وان لم تغتسل وعند زفر لا ينقطع الرجعة حتى تغتسل اعتبارا بما اذا انقطع الدم لاقل منها ولنا ان
الحيض لا يزيد على عشرة ايام فبمجرد الانقطاع تيقنا خروجها من الحيض فانقطعت العدة ضرورة والا لكان اذا
انقطع لاقل منها

لاحتمال عود الدم في ايام الحيض فتغيير العادة ممكن فلا بد ان تعتضد الانقطاع بالاغتسال او بلزوم حكم
من احكام الطاهرات وهي مضي وقت الصلوة لانها تخاطب باداها بخلاف ما لو كانت كتابية حيث يكتفى بمجرد
الانقطاع لانه لا اغتسال عليها فصار كالمسلمة بعد الاغتسال في حق انقطاع الرجعة ولو تيممت انقطعت الرجعة
بمجرد التيمم عند محمد وزفر وقالا لا ينقطع الا بالصلوة مع التيمم لا بالتيمم وحده وما قاله محمد هو القياس لان التيمم
اقيم مقام الاغتسال حال عدمه في كونه مطهرا حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالمغتسل وكان بمنزلته وهما
اخذا بالاستحسان فان التراب في نفسه ملوث غير مطهر وانما اعتبره الشرع مطهرا ضرورة ان لا يتضاعف
الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا قبلها ولا كذلك الغسل فقد خالف محمد اصله لنفسه في عدم
اقتداء المتوضي بالمتيمم عنده فانه علله بان التيمم طهارة ضرورية وبالماء اصلية وهما ايضا خالفا ههنا ما قالاه
هناك حيث عللا لجواز الاقتداء بان التيمم طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بالحاجة فجاز الاقتداء وجعلاه ههنا طهارة
ضرورية ولا بد من الفرق فيقال لا شك في ان التيمم قائم عندنا مقام الماء مطلقا ولا شك انه في نفسه ملوث
غير مطهر حقيقة فمحمد بنى الامر في الصورتين على الاحتياط اما في الاقتداء فعدم جواز الاقتداء احوط ليكون
اتيانا بالعبادة على الوجه الاكمل واما في الرجعة فالحكم في انقطاعها احوط تحرزا عن الوقوع في الحرام وهما بنيا الامر
على الوصف الذي يدور الاختيار معه واما ابو حنيفة وابو يوسف فقالا التيمم طهارة مطلقة في حق جواز
الصلوة وما يتعلق بها من الاحكام لقوله عليه السلام التراب طهور المؤمن ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء وجواز
الاقتداء مما يتعلق باحكام الصلوة فاجريناها على مقتضى النص فيما جعلت طهارة فيه واجريناها على اصل خلقتها فيما
وراء ذلك وهو انه ملوث غير مطهر حقيقة ثم قيل عندهما ينقطع الرجعة بنفس الشروع في الصلوة وقيل
بعد الفراغ منها لتقرر الحكم وهو جواز الصلوة قال لو نسيت عضوا فصاعدا لم ينقطع اذا اغتسلت ونسيت
شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا كاملا فما فوقه لم ينقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت وهذا
استحسان والقياس ان لا يبقى الرجعة في العضو الكامل لانها قد غسلت الاكثر وفيما دون العضو
ان يبقى لان حكم الحيض والجنابة لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف
لقلته فيمكن انه وصل اليه الماء ثم جف فلا يتيقن بعدم الوصول فحكمنا بالانقطاع وعدم حلها للازواج احتياطا
فيهما واما العضو الكامل فلا يغفل عنه عادة ولا يتسارع اليه الجفاف فكان عدم الوصول اليه ظاهرا فافترقا
قال ولا يقطعها بترك المضمضة والاستنشاق وخالفه ابو يوسف روايتان ففي رواية اذا تركت المضمضة
والاستنشاق لم ينقطع الرجعة لانها تركت غسل عضو واجب غسله فكان كترك الاعضاء وروي عنه وهو قول
محمد ان الرجعة ينقطع بمنزلة ما دون العضو لان في فرضية غسلها اختلافا بين المجتهدين بخلاف غيرهما من الاعضاء

قال

العوقي

قال ولو علق الطلاق بجماعها فلبث فيه يجعله مراجعا او وقوعها على المعاودة ولو كان بعقا يدرمه العقد به
وخالفه هاتان المسئلتان الاولى قوله رجل قال لامراته المدخول بها ان جامعتك فانت طالق فجامعها
فالتقى الختانان لبث ساعة اتم جماعه قال ابو يوسف ليس مراجعة وقال محمد لا يكون مراجعة لان الفعل
كله جماع واحد ولهذا لو كان بالشبهة لا يجب الا عقر واحد ولا يجب الحد باللبث ولابي يوسف ان
الطلاق وقع عليها بالتقاء الختانين لحصول الشرط وهو الوطي الثاني لا لاجل الحل للزوج الاول ثم صار
مراجعا بالمسيس الموجود بعد الطلاق كما لو نزع ثم عاد والحد سقط بشبهة اتحاد الفعل المسئلة الثانية
اذا قال لها ان جامعتك فانت طالق ثلثا فلبث بعد جماعها ساعة ثم اتم فعند ابي يوسف عليه العقر لان
وطئها بعد البينونة لان الحرمة تثبت باول الجماع وسقط الحد بشبهة اتحاد الفعل وعند محمد لا عقر
عليه لان الوطي الايلاج واللبث ليس بايلاج فلم يكن واطيا بعد البينونة لكون المجموع فعلا واحدا
والجزاء يتعقب بعد تمامه فلم يكن واقعا بعد الحرمة قال وتتزين المطلقة الرجعية لانها حلال لبعلها
لقيام النكاح بينهما والرجعة مستحبة والتزين والتشوف حامل عليها فيجب عليها وكان مشروعا
قال ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها الا بالاعلام معناه اذا لم يكن من قصده مراجعتها لانها ساكنة وقد يكون
بحيث فيقع نظره على موضع يصير بالنظر اليه بشهوة مراجعا فانه غير مأمون فيطلقها بائنا فيطول
العدة عليها قال واذا ابتت بما دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعدها اذا كان الطلاق بائنا دون
الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد العدة لبقاء الحل في المحل فان زواله يتعلق بالطلقة الثالثة
وانما منع غير الزوج من تزوجها في العدة لاشتباه الانساب وهو مأمون في حق الزوج قال
او بثلث في الحرة وثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة
كالثلث في الحرة لما مر ان الرق منصف لحل المحلية كما مر والنكاح اذا اطلق في الشرع انصرف الى الصحيح
دون الفاسد وقد ذكر صاحب الهداية ان الدخول مستفاد باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي
حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج وقد ذكر فخر الاسلام في اصول
الفقه ما ينافي هذا فقال النكاح تذكر للوطي وهو مواصلة وتحتمل العقد وقد اريد العقد ههنا بدلالة
اضافته الى المراة لانها في فعل مباشرة العقد مثل الرجل فصحت الاضافة اليها فاما فعل الوطي فلا يضاف
اليها مباشرة لانه لا يحتمل ذكره وانما ثبت الدخول بالسنة المشهورة وهذا هو الصحيح والسنة ما روي
في الصحيح ان عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظي كانت تحت ابن عمها رفاعة ابن وهب فطلقها
ثلثا فجاءت الى النبي عليه السلام وقالت يا رسول الله اني تزوجت الخلعة اني كنت تحت رفاعة

وطلقني وبت طلاقي فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وانما معه مثل هدبة الثوب فتبسم
عليه السلام وقال اتريدين ان ترجعي الى رفاعة قالت نعم فقال عليه السلام لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي
عسيلته وسواء كان الدخول في الحيض او في النفاس او في الاحرام والشرط هو الايلاج دون
الانزال لانه كمال فيه والنص مطلق عن هذا القيد والخلاف في اشتراط الدخول الا سعيد بن المسيب
ولا يعمل بقوله حتى لو قضى به لا ينفذ وقوله تبين منه اي يطلقها او تنقضي عدتها قال وحلّ وطي المراهق
لا وطي المولى الصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الوطي في نكاح صحيح وقد فسر ذلك في الجامع الصغير
فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امراة فانه موجب عليها واحلها للزوج الاول ومعناه ان يتحرك آلته ويشتهي
ويجب الغسل عليها لان التقاء الختانين سبب لانزالها والاغسل على الصبي لعدم الخطاب في حقه وان كان يومر
تخلقا ووطي المولى لا تحل الامة لزوجها لان الغاية هي نكاح الزوج والمولى ليس بزوج قال واذا اشترطاه
فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهو محمل الحديث اعني اشتراط الحل واستفيد
الصحة من انه محلل وانما يثبت وصف الحل بعد الحكم بصحة النكاح وعن ابي يوسف ان النكاح فاسد لان شرط
التحليل في معنى الوقت فيه فشابه النكاح الموقت ويستلزم فساد النكاح عدم الحل لان شرط الحل الدخول
في نكاح صحيح على ما مر وقال محمد النكاح صحيح لما قلنا ولا يثبت الحل لان الشرط اي التحليل استعجال لما اخره
الشرع او عقد النكاح عقد العمر فيجازي بمنع مقصوده كما في قتل الوارث مورثه قال ويهدم الزوج الثاني ما دون
الثلث كما يهدمها وحكم بعودها بما بقي من طلقاتها اذا طلق الرجل امراته بلثنا وانقضت عدتها وتزوجت
باخر ثم مات منه وعادت الى الاول عادت بثلث تطليقات اجماعا ولو كان طلقها وهي حرة طلقة او طلقتين
او طلقة واحدة وهي امة فتزوجت باخر وانقضت منه عدتها ثم عادت الى الاول عادت الحرة على
ملك ثلث تطليقات والامة ثنتين عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم واصحاب
ابن مسعود رضي الله عنهم وقال محمد والشافعي وزفر تعود بما بقي من الطلقات ولا يهدم الزوج الثاني الا الثلث
وهو قول عمر وعلي وابي كعب وعمران بن الحصين وابي هريرة رضي الله عنهم ان النكاح الثاني غاية للحرمة
الغليظة بالنص ومعنى الغاية حقيقة وبالطلقة والطلقتين لم يثبت شيء من الحرمة الغليظة لان الحكم
المعلق بالثلث لا يثبت بما دونها لعدم ثبوت الحكم قبل كمال العلة ولا يكون نكاحه غاية محرمة نكاحها
على الاول لعدم حصولها وتحقق غاية الشيء قبل حصوله محال نظيره اذا جاء راس الشهر فوالله لا اكلمك
حتى استشير فلانا فاستشار قبل مجيء راس الشهر لم يعتبر لان الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين
واليمين لم ينعقد بعد لتعلقها بوقت خاص فكان وجود الاستشارة كعدمها قبل انعقاد اليمين ولهما ان

ان اصابة الزوج الثاني الحقت المطلقة بلثنا بالاجنبية في الحكم المختص بطلاق الاول لانها في بالثلث
يصير محرم عليه ومطلقة وقد ارتفع الوصفان جميعا باصابة الزوج الثاني وعادت اليه كاجنبية فلم يكن
تزوجها بالاول بان يرتفع باصابة الثاني فيما دون الثلث احد هذين الوصفين وهو كونها مطلقة لان الزوج
للشيئين لا يعجز عن احدهما وهذا حين جعلت غاية مجازا لان اجراءها على حقيقتها محال لان الزوج الثاني رافع للحرمة
لا منه لها فان كونه منهيا يستلزم بقاء الحرمة اذ ما ينتهي شيء متقرر حقيقة وينتهي به لاستحالة وجود الغاية
وهو غاية من دون وجودها هو الغاية له ولا حرمة بعد الاصابة فكان رافعا لا منهيا ولان الشارع سمى
محللا فكان موجبا للحل ومن لوازم ثبوت الحل ارتفاع الحرمة والدليل عليه ان احكام الطلاق يثبت
متابدة لا الى غاية ولكنها ترتفع لوجود ما يرفعها كحكم زوال الملك لا يثبت موقتا ولكن يرتفع لوجود ما يرفعه
وهو النكاح واذا ثبت انه موجب للحل وانما يوجب حلا لا يرتفع الا بثلث تطليقات وهو غير موجود بعد
الطلقة والطلقتين فوجب ان لا يثبت به ولما كان رافعا الحرمة الغليظة بعد ثبوتها فلان يكون رافعا للحرمة
وهي بعرضية الثبوت اولى لان الدافع اسهل من الرفع قال واذا طلقها ثلثا فادعت انقضاء العدة منه
ومن المحلل مع احتمال المدة وغلبة ظنه بصدقها جاز نكاحها لان ذلك ان كان امرا دينيا فيقبل الواحد فيه
مقبول في المعاملات وانما كمية المدة التي يصدق فيها فيما تتذكر في فصل العدة **فصل في الايلاء** قال
ومعناه اللغة اليمين قال الشاعر قليل الالايا حافظ ليمينه وان بدرت منه الالية برت وفي الشرع
اليمين على ترك وطي المنكوحة مدة مخصوصة وقيل هو يمين تمنع جماع المنكوحة وقيل هو اليمين على ترك الوطي
الذي يكسب الطلاق عند مضي اربعة اشهر والفاظه الصريح لا اقربك لا اجامعك لا اطاك ولا اغتسل منك
جنابة لا افتضك ان كانت بكرا وهذه الالفاظ لا تحتاج الى النية والكناية ان يقول لا امسك لا اتيك
ولا ادخل ولا يجمع راسي وراسك شيء لا اضاجعك ولا اقرب فراشك ونحو ذلك وهذه الالفاظ يفتقر الى النية
والاصل ان المولي هو الذي لا يمكنه قربان امراته الا بشيء يلزمه لان حرمة الوطي انما ينتهي بالحنث
والحنث موجب للكفارة او شيء يلزمه ولا يكون الايلاء الا بالحلف على ترك الجماع في الزوج لان حقها فيه
متحقق ظلمها بالامتناع منه قال واذا قال والله لا اقربك او لا اقربك اربعة اشهر كان موليا لقوله تعالى
والذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر فيكون مدة الايلاء اربعة اشهر اذ لو زادت المدة او نقصت
عنها لخلا هذا التخصيص عن الفائدة لان التقديرات الشرعية لا مشاع فيها للراي والاجتهاد فكان التخصيص
ببعضها نافيا لما دونها قال وان قربها فيها حنث وكفر وسقط الايلاء والا بانت بتطليقة عند مضي
المدة ولا تتوقف على تفريق الحاكم هذا حكم الايلاء وهو انه اذا حلف ان لا يقربها اربعة اشهر فلا يخ اما ان
يقربها في المدة

او لايقربها حتى تمضي المدة فان قربها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لانها لانها
موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ارتفعت بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه
بتطليقة عندنا وقال الشافعي لا تبين الا بتفريق الحاكم لانه قد منع حقها في الجماع فكان ظالما فوجب عليه التسريح
بالاحسان فيامره القاضي به دفعا للظلم عنها وان امتنع ناب القاضي منابه كما لو قال او كان مجبوبا او عنينا وحجتنا
قوله تعالى فان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم اي بالايلاء السابق وهي قراة ابن مسعود وعن ابن عباس عزم
الطلاق انقضاء الاربعة الاشهر من غير فيء وقرأ ابن مسعود فان فاؤا فيهن اي في الاربعة الاشهر
وقوله فان فاؤا وان عزموا دليل على القسمة فاحد القسمين هو الذي يكون في المدة والآخر بعدها وهو الطلاق
وقوله تعالى فاذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف اي بالفراق
بعد ذكر المدة للتقسيم وكان الامساك هو الرجعة في المدة والتسريح هو البينونة بعد المدة فكذلك ههنا ومذهبنا
مذهب علي وعثمان والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم اجمعين قال فان كان قد حلف على اربعة اشهر فقد سقطت
لانها كانت مؤقتة فيجب بمضيها قال وان كان حلف على الابد فاليمين باقية فان قربها والا بانت باخرى فان
تزوجها عاد ثالثا فان عادت بعد زوج آخر فوطئها كفر ولم يبطل الايلاء اذا حلف على الابد فاليمين باقية
لانها مطلقة عن الوقت ولم يوجد الحنث ليرتفع اليمين فاذا عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها في الاربعة الاشهر
والا وقعت بمضيها طلقة بائنة لان اليمين باقية لكونها مطلقة وبالتزوج ثبت حقها فظهر منعه اياها فيتحقق
الظلم ويعتبر ابتداء هذه المدة من حين التزوج فان تزوجها مرة ثالثة عاد الايلاء لما قلنا فان وطئها في المدة
والا وقعت طلقة ثالثة بمضيها لما بينا ولو انقضت المدة بعد البينونة قبل انقضاء عدتها وقبل تزوجها بها
فالبينونة لا تحقق بلا شك في رواية الكرخي وتجديد النكاح شرط لعود حكم الايلاء كما بينا وهذا هو الصحيح
لان انعقاد المدة ابتداء يستلزم ابتداء اعتبار معنى الظلم ولا اضرار وذلك لا يتقرر بعد البينونة ما لم يتزوجها
اذ لا حق لها في الجماع ما دامت مبانة وفي رواية ابي سهل يثبت ما دامت العدة من غير تجديد النكاح ووجهها ان
معنى الايلاء كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيهن فانت طالق باين ولو صرح بذلك كان الحكم لما قلنا وفقهه ان
انعقاد المدة من حكم بقاء اليمين وابتداء اليمين لا ينعقد ايلاء بعد البينونة لكنه يبقى ايلاء بعدها الا ترى انه
او تمت المدة وهو مجنون ثم تزوجها وليته منه بانها انعقدت مدة الايلاء وان كان ابتداء اليمين من المجنون لا يصح
وثمن رواية نص على ان الصحيح ما قاله الكرخي وان تزوجها بعد ان نكحت زوجا آخر فان وطئها كفر عن يمينه
لوجود الحنث ولم يقع بذلك الايلاء طلاق وقال زفر يعود الايلاء لبقاء اليمين وعدم القدرة على القربان الا
بالحنث فيصير ظالما بالمنع فيثبت حكم الايلاء مجازاة له ولنا ان التعليق لا يصح الا في الملك او مضافا الى الملك

والايلاء

والايلاء معلق حتى فان تقدير كلامه في جانب البر كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيهن فانت طالق
باين وهو حال اليمين كان مالكا للطلاق للطلقات الثلث وقد استوفاهن فلا يبقى حكم الايلاء لان الزايد
عليهن ليس في الملك ولا مضافا الى الملك فلم يصح التعليق فبقيت اليمين دون ثبوت حكم الايلاء كما لو حلف
ان لا يقرب هذه الاجنبية ثم تزوجها فان اليمين باقية بدون ثبوت حكم الايلاء قال والايلاء الذي باسم الله ينعقد
قال ابو حنيفة الكافر من اهل الايلاء باليمين بالله وقالا ليس من اهله لان الايلاء هو اليمين المانعة عن قربانها
مخافة لزوم الكفارة وهو ما نفي المانع ولهذا لم يكن اهلا للظهار وصار كاليمين بالصدقة والصوم وله ان الايلاء
باعتبار التي طلاق مؤجل والكافر اهل للطلاق اما الكفارة فحكم الحنث والمانع في حقه وجوب الهتك لحرمة
عن هتك حرمة اسم الله تعالى وبذلك يتحقق مضارة بها فينعقد ايلاء كما لو حلف بالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصدقة والحج لانها عبادات والكافر ليس اهلها ولا يعتقد فعلها فلم يتحقق المانع فلم يوجد المضارة فلم ينعقد
الايلاء ولو حلف بطلاق او عتاق او حج او صدقة كان موليا اذا قال ان قربتك فانت طالق وفلانة او قال
ان قربتك فعلي حج او قال فعلي الصدقة بكذا او علي صوم شهر كان موليا فان قال فعلي صوم هذا الشهر لم يكن
موليا لان يمينه لا يتناول جميع المدة فان مضى الشهر سقط اليمين وبعده يحنث بلا قربانها من غير شيء يلزمه
لان تمام الصوم مضاف الى الزمان الماضي لا يصح عند القربان كانه قال لله علي صوم امس وذلك لغو وانما
كان موليا بهذه الايمان لان اليمين يعتبر بغير ذكر اسم الله تعالى شرط وجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة
قال او بصلوة لم يجعله موليا اذا قال ان قربتك فعلي صلوة ركعتين قال ابو يوسف في قوله الآخر
لا يكون موليا لان ذلك مما لا يحلف به عادة فالتحق بصلوة الجنازة وسجدة التلاوة وقال محمد وهو قول
ابي يوسف اولا ينعقد ايلاء لانه قربة صح التزامها بالنذر فالتحق بالصوم والصدقة قال او ان قربتك
فكل عبد سأملكه حر او والله لا اقربك حتى اعتق هذا او طلق هذه لم يجعله موليا ها تان المسئلتان الاولى
اذا قال الرجل لامرأته ان قربتك فكل عبد املكه فيما يستقبل حر قال ابو يوسف لا يكون موليا وقال ابو حنيفة
ومحمد يكون موليا له انه يملكه يمكنه قربانها بغير شيء يلزمه بان لا يتملك عبدا اصلا كما لو قال فكل عبد اشتريته
حر ولهما انه لا يمكنه قربانها بغير شيء يلزمه فيكون موليا لانه اذا قربها لزمه عتق كل عبد يملكه بعد
وتملكه ليس امرا اختياريا كالشراء فانه لو مات مورثه وترك عبدا فانه يتملكه من غير صنعه وصار كقوله ان قربتك
فعلي حجة بعد ذلك بسنة والمسئلة الثانية اذا قال والله لا اقربك حتى اعتق عبدك او اطلق امرأتي
هذه لا يكون موليا عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف لهما ان هذه الغاية يمكن ايجادها قبل انقضاء المدة بان يبيع
العبد ويطلق المرأة فيقربها من غير ان يلزمه شيء فلا يكون موليا وصار كما لو قال حتى يموت فلان

اوحتى ياذن لي فلان ولهذا انه لا يمكن قربانها الا بشيء يلزمه اما قبل وجود الغاية فظاهر واما بعد
وجودها فلانه عتق بهذا العبد له يمكنه القربان ودفع العتق بعد تحققه محال فقد لزمه ذلك
الاصل قربانها فصار كما لو لزمه ذلك قربانها فصار كما لو لزمه لقربانها عتق المانع على التقدير
فصار كما لو قال ان قربتك فعلي عتق عبد او فعلي كفارة لصاحبه كل واحد العتق والكفارة الجزاء
ونزوله عند القربان بخلاف قوله حتى ياذن لي فلان او يموت لانه لا يلزمه بتقدير وجود الغاية في المدة
اما هنا فعتق العبد يلزمه قال او حتى اصوم شعبان ونحوه رجب فهو غير مول وبخلافه ان فاته
صومه ويجعله موليا في الحال واسقط بصوم او صوم بدله قبل انقضاء المدة رجل قال لامراته والله لا اقربك
حتى اصوم شعبان ونحوه رجب قال ابو حنيفة لا يكون موليا لانه يمكنه قربانها في المدة بغير شيء يلزمه لانه اذا
ترك صوم شعبان او ترك يوما منه فقد فات شرط غاية اليمين فان الغاية صوم كل شعبان وبفوات الغاية قبل
المضي يرتفع اليمين عنه … لم يكن مانعه له عن القربان في المدة فلم يكن ايلاء فان قربها بعده فلا حنث
لارتفاع اليمين فان صامه شعبان فقد وجدت الغاية وبرء في يمينه اتفاقا قال ابو يوسف لا يكون موليا في الحال
لم يفته صوم شعبان فاذا فاته صومه صار موليا … لانه من اصله لزم ما يحلف به اذا جعل غاية لم يكن موليا
لكنه يمين فاذا فاتت الغاية بفوت صوم يوم شعبان تابدت اليمين عنه كما في مسئلة ماء الكوز المحلوف عليه
فهو معها فصار موليا وقال محمد هو مول في الحال ولا سقط الايلاء الا بصوم شعبان او صوم شهر آخر
قضاءه عنه في المدة فان فاته صوم يوم او صوم بدله بقي موليا ولا اصل عنده لزم ما يحلف به لو جعل غاية كان
موليا والصوم من ذلك وبفوت صوم شعبان او يوم منه لا يرتفع اليمين عنه لان صوم شعبان بدلا وبدل النقض
والبدل يقوم مقامه فلا يكون قوما فصار لا يمكنه قربانها الا باتمامه بصوم وكان … موليا كما لو ذكر مكان شعبان
شهرا مطلقا قال او سنة الا يوما جعلناه موليا وجدت المدة بعد قربانها لا في الحال رجل قال لامراته والله
لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا وقال زفر يكون موليا لان اليوم المستثنى هو آخر يوم من السنة كما في الاجارة
فلم يمكنه قربانها الا بشيء يلزمه فصار كما لو قال سنة بنقصان يوم ولنا انه استثنى يوما منكرا فله جعل
ذلك اليوم يوم اختيار من السنة فيكون قربانها من غير شيء يلزمه فلم يكن موليا ولا وجه لتقييد المستثنى بآخر
السنة لانه منكر وآخر السنة معين ولا ضرورة الى تغيير كلامه بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع جهالة المدة فوجب
صرف اليوم الى آخر السنة تصحيحا لما قصده من العقد والجهالة في اليمين لا تمنع انعقادها فلم يتحقق الضرورة الى
جعل ما هو منكر معينا بخلاف لفظ النقصان فانها تختص بالآخر فصار كما لو عينها ثم اذا قربها يوما من السنة
فان كان ما بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعدا كان موليا لاستيفائه اليوم فصار … اليمين مطلقة في بقية السنة

تعلق

وان

وان بقي اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا فصار كما لو قال سنة الا مرة قال او ان قربتك فانت علي حرام ينوي اليمين
فهو مول في الحال وقال لا الا اذا قربها رجل قال لامراته ان قربتك فانت علي حرام ونوى الحرمة باليمين كان موليا
في الحال عند ابي حنيفة وقالا اذا قربها لا يكون موليا لان قوله انت علي حرام بنية اليمين ايلاء فيكون تعليقا
للايلاء بالقربان كما لو قال ان قربتك فوالله لا اقربك لا يكون موليا حتى يقربها وله ان هذه الحرمة انشاء الحرمة
وتحريم الحلال يمين فاذا نوى اليمين من هذه الصيغة فقد نوى محتمل لفظه فصحت النية فكان ايلاء فاذا كان يمينا
من حيث المعنى فكانه قال فعلي يمين فيكون موليا في الحال اذ اليمين بعينها لا يكون عليه بل موجبها بخلاف
قوله ان قربتك فوالله لا اقربك لان مراده منع نفسه عن القربان الثاني وهنا المراد منع نفسه عن القربان الاول
فصار كما لو قال فانت علي كظهر امي قال ولو كرر اليمين في مجلس واحد للتاكيد او للتشديد دون التكرار
حكم بتعدد الايلاء كاليمين رجل قال لامراته في مجلس واحد والله لا اقربك والله لا اقربك ولم ينو شيئا او نوى التشديد
والتغليظ لم ينو التكرار قال ابو حنيفة وابو يوسف الايلاء واحد استحسانا وقال محمد وزفر هو ثلث ايلاآت
ولو نوى التكرار فالايلاآت ثلثة اتفاقا ومن الزوائد ولو اختلف المجلس تعدد الايلاء اتفاقا فاذا حنث يلزمه
كفارات ثلث ان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر … له ان الايلاآت ثلثة فيكون الايلاآت ثلثة لان
الايلاء هو اليمين على عدم قربانها واعتبارا بالطلاق وفرق في ذكر ثلثة في مجالس اذ المراد متغايرة لان اربعة اشهر ابتداؤها
بعد الفراغ من اليمين الاول وينقضي قبل اشهر ابتداؤها بعد الفراغ من اليمين الثانية واربعة اشهر بعد الفراغ من اليمين
الثالثة فتتغاير المدد كما تتغاير في المجالس المختلفة فتعدد الطلاق بتعدد المدد هذا … ولهما وهو الاستحسان
ان هذه الايمان متحدة الزمان لكن الاتحاد المجلس لان الشرع جعل المجلس جامعا للمتفرقات ولولا ذلك لما انعقد عقد
من ايجاب وقبول لانهما عرضان لا يبقى احدهما عند وجود الاخر ولا ارتباط الا من موجودين فكان القبول مقارنا
للايجاب حكما واذا اتحد زمان هذه الايمان كانت الايمان ثلثة حتى لو قرب يلزمه ثلث كفارات ويكون
الايلاء واحدا حتى لو لم يقرب حتى انقضت اربعة اشهر لا يطلق الا واحدة لان الطلاق جزاء الظلم بمنع الحق
في المدة ولم يوجد منه ذلك الا مرة واحدة فلا يلزمه الا جزاء واحد بخلاف تعدد المجالس لتفاوت ازمنة انقضاء
المدة حقيقة وحكما فيتعدد الظلم ومن … اليمين الثانية والثالثة غير مدة الاولى حكما فلم يتعدد الظلم فلم
يتعدد الجزاء قال وجعل المدة للامة شهرين اذا آلى عن امراة مدة الايلاء عليها شهرين وقال الشافعي اربعة اشهر
لاطلاق النص فان قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم يصدق على المنكوحة مطلقا امة كانت او حرة ولنا ان هذه
مدة ضربت اجلا للبينونة فيتنصف برقها كمدة العدة قال ويصح على الزوجة لا المبانة لقيام الزوجية في المطلقة
طلاقا رجعيا لا في المبانة لانقطاعها محل الايلاء الزوجية لقوله تعالى من نسائهم فيجب … ولو انقضت العدة قبل انقضاء
المدة سقط الايلاء لفوات المحل

كوضع ع

قال واذا كان احدهما مريضا او مجبوبا او هي صغيرة او رتقاء او بينهما مسافة اربعة اشهر ففيئه في المدة فئت
اليها واستمر العذر نقسط اذا كان الفيء بالجماع متعذرا اما لحصول عرض مانع في الزوج او الزوجة او كان المانع
امرا ذاتيا كالصغر المانع من الجماع او الرتق وهذا من الزوائد والحب فيه او كان المانع امرا خارجا عنهما
وهو البعد بينهما مسيرة اربعة اشهر فقيد المشايخ شرط احدهما ان يكون هذا في مدة الايلاء ومن حوله يستمر العذر
والثاني انتهاء اربعة اشهر وهذا من الزوائد وقال الشافعي لا يكون الفيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي حتى
انقضت اربعة اشهر بانت لكلمة الايلاء كما يثبت لو لم تكلم ذلك لانه ليس بجماع فلا يكون فيئا اذ لو كان فيئا لكان
حنثا لان المعلق بالفيء حكمان وجوب الكفارة وانتفاع حكم الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو
الكفارة وكذلك في حكم الاخر ولنا انه لما اذاها بذكر المنع كان ارضاها بذكر ضده فيرتفع ظلمه عنها فلا يجازى
بوقوع الطلاق عند مضي المدة مع عجزه عن الفيء بالجماع والكفارة تجب بالحنث ولا يتحقق بالفيء باللسان لانه غير
المحلوف عليه ووقوع الطلاق باعتبار معنى الاضرار والتعنت وذلك معدوم قبل الفيء باللسان العاجز عن الفيء بالجماع
وان كان الفيء بالجماع اصلا وباللسان بدلا عنه لانه عاجز عن الرجوع اذا كان قادرا على الجماع بعد قصد
الاضرار منع حقها في الجماع فانه لا حق لها في الجماع حالة المرض وانما قصد الاضرار بايحاشها بلسانه فيقبل بالرجوع
عن ذلك بان يرضيها باللسان اذ التوبة على حسب الجناية قال فان قدر على الجماع فيها لزمه الفيء به لانه قدر
على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف فبطل المصير اليه قال ولو كان محرما وبينه وبين الاداء وتمام الحج اربعة اشهر
ففاء بالقول ابطلناه اذا آلى المحرم بالحج والله لا اقربك اربعة اشهر وبين قوله ذلك الى ان يتم الحج اربعة اشهر
ففاء بعد الا يجوز فيها الفيء باللسان حتى انقضت المدة ولم يفئ بالجماع بانت منه وقال زفر يجوز الفيء باللسان
في هذه المدة لثبوت عجزه عن الوطء شرعا بسبب الاحرام فصار كالعاجز بالمرض ولنا انه قادر عليه حقيقة
واقامة الفيء باللسان مقام الوطء حقيقة بانه على منافاة الدليل لما مر الا ان اقمنا الفيء باللسان مقام الوطء
عند العجز عنه فلا يلزم ان يقام مقامه عند القدرة عليه قال او مريضا فلم يفئ به حتى انقضت فبانت
ثم صح ثم مرض فتزوجها ثم فاء به بجنون وابطله رجل آلى على امرأته وهو مريض ولم يفئ اليها بلسانه حتى انقضت
مدة الايلاء فبانت منه ثم صح اياما ثم مرض فتزوجها ثم فاء اليها في المدة بلسانه حتى قال ابو يوسف جاز فيه
حتى لو مضت اربعة اشهر من حين النكاح الثاني لا تبين منه لانه عجز عن الفيء بالجماع اما في زمان الزوجية فظاهر
لمرضه واما في زمان البينونة فلمانع الشرع كالخلوة مع الحيض وقال محمد لا يصح فيه بلسانه وفي الجامع الكبير
انه ظاهر المذهب ووجهه انه قادر على الجماع حقيقة في بعض المدة فلا يصح الفيء باللسان فالمانع الشرعي زمان
البينونة لا ينقض ما فعله لانه كان قادرا على الفيء باللسان قبل البينونة فكان العجز مضافا الى صنعه وهو الايلاء

مع

مع الامتناع عن الفيء في المدة الاولى فلم يكن موثرا في ابطاله فانه كان قادرا شرعا لا قادرا حقيقة بخلاف
الخلوة مع الحيض لان الحرمة بسبب الحيض من جهته قال او لنسائه الاربع لا اقرب احداكن فعندنا الايلاء على
واحدة رجل قال لنسائه الاربع والله لا اقرب احداكن فمضت مدة الايلاء ولم يقرب احدا منهن بانت
واحدة منهن والى الزوج تعيينها وقال زفر بن جميعا وقد صور هذا في الحصر في جانب الحنث فقال ان
قرب احداهن حنث وسقط الايلاء وقال زفر هو مول منهن فاذا قرب احداهن بقي موليا من البواقي
وما ذكرناه هو الصحيح لان بقاء الايلاء بينهن بناء على بقاء اليمين والابقاء لليمين بعد الحنث ضرورة الا ترى
انه لو قربا بعد من غير شيء يلزمه وما ذكرناه مذكور في شروح الجامع الصغير لسوط شمس الائمة والخلاف
في جانب البر دون الحنث له انه ممنوع عن قربان كل واحدة منهن بحنثه بقربان ايتهن كان فيبنى ولو اوقع
الطلاق يبتنى على المنع من القربان فيعمهن البينونة كما عمهن المنع في المدة فصار كقوله واحدة منكن ولنا
انه انما جعل عقد اليمين على فرد منهن لا على كل فرد فلا تبين عند مضي الاربعة الا فرد واحد بخلاف قوله
لا اقرب واحدة منكن لكونه في سياق النفي معممة جرى مجرى مضافة الضمير ولا نفيد العموم ولئن كانت في
سياق النفي الا ترى انه لو قال لكل واحدة منكن على حرم استقام وافاد العموم فكذا لا يفيده اذا وقع في معرض
النفي ولو قال لكل واحد لكن لم يستقم ولو قال لم يفد العموم فكذا لا يفيد اذا وقعت في معرض النفي قال
او لا اقربكن جعلناه موليا عليهن لا على الاربعة بعد وطء الثلثة رجل قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن
فهو مول على الجميع وقال زفر لا يكون موليا حتى يقرب ثلثا منهن فيصير حينئذ موليا على الرابعة لانه يمكنه
قربان كل واحدة بدون شيء يلزمه ولا يمكنه قربان الرابعة الا بشيء يلزمه لان قربانها هو الذي يتم شرط
الحنث فصار كقوله ان قربت ثلثا منكن فوالله اقرب الرابعة ولنا انه مضار لكل واحدة منهن
بمنع حقها من الجماع فيكون موليا عليهن جميعا كما لو قال والله لا اقرب كل واحدة منكن على الانفراد الا ان
هنا لا يلزمه الكفارة بوطء بعضهن لعدم الحنث قبل وطئهن جميعا واما الطلاق فوقوعه باعتبار
البر مجازاة على الظلم وهو متحقق في حقهن جميعا الا ترى انه اذا مضت المدة بن جميعا بخلاف ما قاس عليه
لان اليمين لانه يمين معلقة فلا ينعقد ما لم يوجد شرطها وهو وطء الثلاث خاصة وانما قال موليا عليهن
ولم يقل موليا منهن وان جرى ذلك على الفاظ الفقهاء وتداولوه في كتبهم لان الايلاء هو الحلف وهو لا يتعدى
بمن لا يقال حلف من كذا بل حلف عليه فاصله آلى على قربان زوجته ثم حذفوا المضاف الى على زوجته
الذي اوجب ان يقول آلى من زوجته ظنهم ان من في قوله تعالى يؤلون من نسائهم من صلة يؤلون
وليس كذلك وانما هو من في قولك لي من فلان البهجة والسرور فتقدير الآية والله اعلم للذين يحلفون

حنث

مسئلة عن فلان وموضع

مبتدأ

على تقديره فقربان نسائهم تربص اربعة اشهر من نسائهم الا ان خبر المبتدأ بمتعلقه قدم على المبتدأ لكونه نكرة
قال او احديكما فمضت المدة بانت بواحدة فاذا مضت مدة اخرى لا يحكم ببينونة الاخرى رجل له امرأتان
فقال والله لا اقرب احديكما فمضت اربعة اشهر فبانت الواحدة ثم مضت اربعة اشهر اخرى قال ابو يوسف
لا تبين الاخرى وهما لا تبين لانه معرفة لاضافتها الى الضمير فلا يعم وان كان في موضع النفي فكان الايلاء واقعا على
احديهما لا على كل واحدة منهما فمن بانت بالايلاء منهما هي التي وقع الايلاء عليها فلا يقع على الاخرى بمضي اربعة
اشهر اخرى ضرورة تعيين الاولى للايلاء بخلاف ما لو قال واحدة منكما لكونها نكرة في موضع النفي ولهما ان اليمين
باقية ما لم يحنث فبقي الايلاء على احديهما بعد مضي المدة فقد زالت مزاحمة من بانت منهما لارتفاع محليتها
فتعينت الاخرى كما لو ماتت احديهما فان الاخرى متعينة للايلاء ولما كان الايلاء واقعا على احديهما وهي بعد
ما بانت الاولى احديهما التي محلية الايلاء فيصير المنكر معينا ضرورة تعينها لفوات المزاحم مع بقاء اليمين
حكم الايلاء عليها وصار كما لو قال لها اقرب احديهما اربعة اشهر فواحدة منكما طالق بائن فمضت اربعة
اشهر فبانت احديهما ثم انقضت عدتها ثم مضت اربعة اشهر اخرى حين بانت احديهما فانه تبين الاخرى
بالاجماع قال وتعتبر النية في انت حرام فان اراد الكذب او الظهار صدق او الطلاق كان بائنا او التحريم او خلا
عن نية كان موليا وصرفه المتاخرون الى الطلاق من غير نية اما اذا قال اردت الكذب فانه اراد حقيقة كلامه
وهو كذب وقيل لا يصدق في القضاء لان ذلك يمين ظاهرا واما اذا اراد الظهار فهو ظهار عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يكون ظهارا لعدم الركن وهو التشبيه بالمحرمة ولهما انه اطلاق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة
وفي المطلق احتمال المقيد فقد نوى محتمل لفظه فيصدق والمذكور في المتن قولهما واما اذا اراد الطلاق فهي
طلقة بائنة لانها من الفاظ الكنايات وهذا حكمها وان نوى الثلث صدق لما مر وان نوى التحريم او قال لم ارد
شيئا فهو ايلاء لان تحريم المباح يمين على ما يذكر في الايمان ان شاء الله تعالى ثم المتاخرون من اصحابنا صرفوا هذا اللفظ
الى الطلاق حتى قالوا يقع الطلاق بها من غير نية الحاقا بالصريح لموضع العرف والتنبيه على ذكر من الزوائد

فصل في الخلع قال وهو القلع والازالة في اللغة ومنه خلع القميص وخلع الامان وفي الشرع
ازالة الزوجية بما يدل من المال وهو الحقيقة الشرعية بضم الخاء وفي اللغة بفتحها كان ازالة قيد النكاح بالطلاق
وغيره بالاطلاق وقيل هو استعارة تتبنى على استعارة اخرى فان الله تعالى جعل كلا من الزوجين لباسا لصاحبه
هن لباس لكم وانتم لباس لهن وهذه التسمية استعارة لان كلا منهما يستر صاحبه عن الفواحش فكان الخلع استعارة
عن خلع ذلك اللباس قال واذا افتدت المرأة نفسها بمال فخلعها عليه ففعل وقعت طلقة بائنة ولزمها
المال والاصل في ذلك قوله تعالى فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وانما يقع طلقة
بائنة

لقوله

لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة وهو مذهب عمر وعثمان وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ولانه كناية فيقع
بها البائن كسائر الكنايات ولا يحتاج الى النية او لدلالة الحال او لانها لم ترض ببذل المال الا لتحصل لها ملك نفسها
بالخروج من قيد نكاحه وذلك بالبينونة ولو قال لم انو بالخلع طلاقا وقد اخذ المال لم يصدق في الحكم لانه
اخذ المال على سبيل التملك ولا تملك ذلك الا بوقوع الطلاق عليها فكان ذلك ادل على قصد الطلاق من حال
مذاكرته وفيما بينه وبين الله تعالى تسعه المقام معها لان الله تعالى هو العالم بذات الصدور ولا يسعها
المقام معه لانها [illegible] عن الحال كالقاضي والخلع من جانب الزوج تعليق الطلاق بقبولها فيكون
يمينا فلا يصح رجوعه عنه ولا يختص بالمجلس ويصح مع غيبتها فاذا بلغها كان لها خيار القبول في مجلس
علمها ويصح تعليقها بالشرط والاضافة الى وقت كقوله اذا قدم فلان او جاء غد فقد خالعتك على الف
ولها الخيار في القبول اذا وجد الشرط والوقت والخلع من جانب الزوجة تمليك بعوض كالبيع فيصح رجوعها
قبل قبوله ويبطل بقيامها عن المجلس ولا يتوقف في غيبته ولا يجوز تعليقه منها بشرط ولا اضافة الى وقت
قال وبالجملة فعند الخلع طلاق بائن عندنا وهو احد قولي الشافعي وهو الصحيح من مذهبه وفي قول اخر
هو فسخ لا ينتقص به عدد الطلاق يعني ان يحل لهما ان يعقدا النكاح بينهما بغير تزوج زوج ثان وهو
قول ابن عباس رضي الله عنه الخلع فسخ ولانه في اللغة الفصل والازالة والنكاح يحتمل الفسخ كما في خيار العتق
والبلوغ ولنا ما روينا ولانه ابطال ملك النكاح من الزوج فكان طلاقا بخلاف خيار البلوغ والعتق لان الفرقة
مضافة الى اختيارها نفسها في خيار العتق ولم يكن طلاقا الى قضاء القاضي في خيار البلوغ وهو لا يملك التطليق
على الغير الا بالتوكيل او انابة الشرع دفعا للظلم ولم يوجد شيء منهما فلم يكن طلاقا قال وان كان هو الناشز
كره له اخذ العوض وهي فان تأخذ اكثر مما اعطاها اما الاول فلقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان
زوج واتيتم احديهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال واما الثاني
فلما روي ان جميلة بنت عبد الله ابن سلول او حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس
فاتت رسول الله صلعم لا انا ولا هو فارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ثابت فقال قد اعطيتها حديقة
فقال لها اتردين حديقته وتملكين امرك فقالت نعم وزيادة قال اما الزيادة فلا فقال عليه السلام خذ
منها ما اعطيتها ولا تزدد وخل سبيلها ففعل واخذ حديقته ونزلت الا ان يخافا الا يقيما حدود الله
فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تقربوها قال ولو خالع
بشرط الخيار لنفسه بطل او لها فهو جائز ولو قال لامرأته خالعتك بالف على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت
او طلقتها بالف على انك بالخيار ثلثة فقبلت صح ان ردت الخيار في المدة بطل الطلاق ولزمها المال

قال ولا يقع الطلاق ويلزم المال ويبطل الخيار ولو انه شرط الخيار لنفسه يبطل بالاجماع
وهذه من الزوائد لهما ان الموجود من جانبه تعليق الطلاق بقبول الالف وهو في معنى اليمين
والموجود من جانبها ليس الا القبول وهو شرط وكل منهما غير قابل للخيار لان الخيار للفسخ بعد
الانعقاد ولا منع للانعقاد وكل من التصرفين لا يحتمل الفسخ من الجانبين وله وهو الفرق بين الموجود
من جانبها مسألة البيع لانه تمليك مال بعوض الا ترى انه يصح رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها
عن المجلس ولا يتوقف على ما وراء المجلس حتى اذا وجد قبوله في مجلس آخر لم يصح فيصح شرط الخيار فيه كالبيع بخلاف
الموجود من جانبه فانه يمين ولهذا لا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه من مجلسه ويتوقف على ما وراء المجلس
ولم يصح فيه شرط الخيار لان اليمين تصرف لازم قال ويلحقها صريح الطلاق وقال الشافعي المختلعة
لا يلحقها صريح الطلاق بزوال ملك المتعة فيها بحرمة الوطي بالاجماع والطلاق لازالة هذا القيد
المزال فيلغو ويصح على وصف الاختيار فلا يبعض عند الطلاق ولنا ان الطلاق رفع قيد ملك النكاح وهو
باق ببقاء آثاره من منعها من الخروج والتزوج بزوج آخر ووجوب النفقة والسكنى وقيام الزائر
فكان محلا لهذا الحكم قال ولو طلقها على مال فقبلت لزمها وبانت اذا طلقها على مال فقبلت وقع
الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها وهي تملك التزام
المال بحكم الولاية على نفسها وملك النكاح يصح ان يعتاض عنه وان لم يكن مالا اشبه لا بالاعتياض وهذا
الطلاق الواقع باين لما مر قال وان بطل العوض فيه كان رجعيا او في الخلع كان باينا ولا شيء له
اذا خالع امرأته على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة باينة وان طلقها على ذلك بطل العوض
وكان الطلاق رجعيا اما وقوع الطلاق فلوجود الشرط وهو القبول واما الافتراق في البينونة والرجعة
فلانه لما بطل العوض في الخلع كان العامل في الابانة لفظ الخلع وهي كناية وفي الطلاق الصريح وهو رجعي
واما بطلان العوض فلانها لم تسم مالا متقوما لتكون غارة له ولانه لا يجب المسمى لمانع الاسلام ولا غيره
لا الزام لعدم الالتزام بخلاف ما لو خالع على خل بعينه فظهر خمرا فانه مغرور بخلاف الكتابة والاعتاق على خمر
حيث يجب قيمته لتقوم ملك المولى فيه ولم يرض بزواله مجانا اما ملك البضع فغير متقوم حالة الخروج
بخلاف النكاح لتقوم البضع حالة الدخول وهذا لانه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه
واما حالة الخروج وهو تخلص عن الملك ونفس الخلاص شرف فلا حاجة الى اثبات التقوم فان اثباته ضروري
متقدر بقدر الضرورة قال ويجوز الخلع بما جاز مهرا لان ما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان
ما يصلح عوضا عن المتقوم اولى ان يصلح عوضا عما ليس بمتقوم قال فان قالت خالعني على ما في يدي ففعل
فلا شيء له

لانه

لانها لم تسم له مالا ولم يكن غارة ولو قالت خالعني على ما في يدي من مال ردت عليه مهرها لانها سمت
المال تحقق العوض فطلقت ولم يرض بالطلاق مجانا ثم لا وجه الى ايجاب المسمى ولا الى ايجاب قيمته لمكان
الجهالة ولا الى مهر المثل الذي هو قيمة البضع لانه حالة الخروج غير متقوم لما مر فتعين ايجاب ما قام به
على الزوج دفعا لضرر الغرور عنه قال او من دراهم لزمها ثلاثة لو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم
او من الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من هنا
للتبيين كما في قوله تعالى ما اتخذ له من ولد وليست للتبعيض لان الكلام لا يستقيم بدونها بخلاف مسألة
الجامع ان كان في يدي من الدراهم الا ثلاثة فعبدي حر فكان في يده اربعة دراهم يحنث لانها للتبعيض ثمة
لصحة الكلام بدونها قال فخر الاسلام ويجوز ان تكون هنا للتبعيض لكن في الاجناس لانها لما كانت
ما في يدها كانت عاما فتبين بكلمة من جنس ما في يدها فهو تبعيض راجع الى الاجناس قال او طلقني ثلثا
بالف فطلقها واحدة فثلثها او على الف فواحدة الطلاق رجعي بغير شيء وقالا باين بثلثها هاتان
المسئلتان الاولى وفاقية والثانية خلافية اذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة لزمها ثلث الالف
لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض فلما طلبت ثلثا بالف كانت طالبة لكل
منها بثلث الالف والطلاق باين لوجوب المال واما الخلافية فاذا قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها
واحدة قال ابو حنيفة يقع عليها الطلاق رجعيا ولا يلزمها شيء من المال وقالا عليها ثلثه والطلاق باين
لان كلمة على تستعمل في المعاوضة كالباء حتى لو قال احمل هذا المتاع على درهم كان كقوله بدرهم وحمله على الف
كقوله بالف مضان كما لو قالتا له طلقنا على الف فطلق احديهما يجب عليها نصف الالف وله ان كلمة
على للشرط لا لايجاب الالف يقال زرني على ان ازورك وتستعمل في معنى المعاوضة في تلك النظاير والباء
للالصاق تستعمل في المبادلة لما فيها من المقابلة التي يقتضيها الالصاق ولم تستعمل لمعنى الشرط
فان كانت كلمة على للشرط لما ان المعلق بالشرط لا يتوزع على اجزاء المشروط وان كانت للمعاوضة
يجب ثلث الالف فوقع الشك في الوجوب فلم يجب شيء وفي النظير الذي ذكراه وقع الشك في النصف
لطلاق ضرتها لانها ان جعلت شرطا يجب الالف كله اذ ليس لها في طلاق ضرتها معها عوض صحيح
وانما العوض في وقوع طلاقها فان كانت للمعاوضة بنفسه فالنصف متيقن والزايد مشكوك فيه وهذا
لان الاصل ان الطلاق لا يجب فيه مال بالتنصيص عليه بخلاف المعاوضة لان الاصل فيها وجوب المال
فان قيل المال لا يقبل التعليق فكيف صح تعليقه بالطلقات الثلث قلنا هو كذلك ان كان المال
اصلا وهنا تبع لما يقبل التعليق فاخذ حكمه فان قيل كلمة على داخلة على المال دون الطلاق وانه تقتضي
كون المال شرطا دون الطلاق

قلنا هي طالبة الثلث بكلمته هي الشرط فصار كل واحدة منها شرطا لصاحبه فصار كحكم الاتصال بين المعلق
والمعلق به دون مقابلة المال كما لو قال على الطلاق قال او طلقني نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت لم يقع شي
لانه لم يرض بالبينونة الا لتسليم له جميع الالف بخلاف المسألة الاولى لانها رضيت بالبينونة بالف عليها فلان
ترضى ببعضها كان اولى قال او طلقني واحدة بالف فطلق ثلثا فهي واحدة بغير شي والزمها الثلث
اذا قالت طلقني واحدة بالف او على الف فطلقها ثلثا وقعت الثلث بغير شي وقالا عليها ثلث الالف وهذه
المسألة فرع ما تقدم من اصله ثم قال طلقني نفسك واحدة فطلقت ثلثا لهما انه اوقع ما سألته وزاد عليه
فلا يسقط البدل كما لو فرق الطلاق وله انه عدل عما سألته لان الثلث غير الواحدة حقيقة وحكما وصار
مبتديا بالطلاق فلا يلزمها شي ولا يلزم اذا قال طلقي نفسك ثلثا بالف فطلقت واحدة لانه جعل الثلث ايضا
متفرقة ويحققه قال ولو اجابها بانت طالق ثلثا بالف او عليها فهو موقوف على قبولها اذا قالت طلقني
واحدة بالف فقال لها انت طالق ثلثا بالف قال ابو حنيفة يتوقف ذلك على قبولها فان قبلت وقعت الثلث
ولزمها المال وان لم تقبل لا يقع شي وقالا يقع واحدة بالف وان لم تقبل فان قبلت يقع الثنتان ايضا
بغير شي وهذه فرع ما سبق ايضا فعندهما انه اجاب بما سألته وزاد عليه فوقع ما سالت بيدل وما لم
يسال بغير بدل وله عدل عما سألته الى غيره وصار مبتديا بالطلاق بعوض فيتوقف على قبولها
وهو سواء قال ذلك بحرف الباء او بكلمة على لانه معنى قوله بالف بعوض الف يجب عليك بدون القبول والمعلق
بالشرط لا ينزل قبله وهو واما على فمقتضى وقوع الشرط وان لم تقبل وقد حكى الشيخ ابو بكر الرازي عن الشيخ
ابي الحسن رجوع محمد الى قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف في الاملاء فان لم تقبل فهي طالق واحدة بثلث فان قبلت
طلقت ثلثا بالالف قال الشيخ ابو الحسن وهذا هو الصحيح على اصله لان الزوج جعل الالف في مقابلة الثلث
فقد اوقع ما سألت وحط بثلثي العوض واوقع تطليقتين بثلثي الالف وان لم تقبل وقعت واحدة بثلث الالف
فان قبلت وقعت الثلث بالالف قال او انت طالق وعليك الف فهي طالق بغير شي واوقفاه على قبولها
فقبلت او لم تقبل يقع الطلاق ولا يلزمها شي عند ابي حنيفة وقالا ان قبلت يقع الطلاق ويلزمها المال والا لم يقع
شي لان مثل هذا الكلام يستعمل في المعاوضة كما يقال احمل هذا المتاع ولك درهم فانه بمنزلة قوله بدرهم وكما في البيع
خذ هذا العبد وعليك الف درهم وله ان الواو تعطف الجملة على ما قبلها والاصل انفراد كل جملة بنفسها والاتصال
يعارضه ولا دلالة هنا على الاتصال لان الاصل في الطلاق ان يقع بغير عوض فكانه ابتداء طلاقها وادعى عليها مالا
بخلاف البيع والاجارة لانهما لا ينفكان عن المال قال او على عبدي هذا فقبلت يقع الطلاق او وقفاه من غير لزوم
قيمته ولا يلزمها شي وقال زفر يلزمها قيمة العبد لتعذر التسليم ووجوبه بخلاف عبد الغير فانه لو اجاز تسليمه

وجب عليها فاذا عجزت وجبت القيمة قال ولو اختلعت وهي مريضة على مال اعتبرناه من الثلث وقال زفر
يعتبر من جميع المال لان البضع يتقوم الا عند الدخول في ملك الزوج فكذا عند الخروج عن ملكه ولنا انه تبرع لانه ليس
من الحوائج الاصلية فكان كالوصية والبضع ليس بمال حالة الخروج لانه اسقاط ملك الملك وهذا اذا ماتت بعد
انقضاء العدة او قبل الدخول بها فاما اذا ماتت وهي في العدة فللزوج الاقل منه ومن الميراث كان يخرج من الثلث
وان لم يخرج فله الاقل من ميراثها ومن الثلث قال والمبارات كالخلع يسقط بها الحقوق من الجانبين واسقط بها
ما سمياه ويوافق قوله في الاول وتوافق الثاني في الثاني المباراة والخلع متساويان عند ابي حنيفة رحمه الله في ان
كل منهما يسقط به جميع المهر ثم لا يرجع عليها بما بقي منه ولو لم يكن قبضت شيئا لا ترجع عليه بشي ولو خالعها على مال آخر
لزمها وسقط الصداق وقال محمد لا يسقط بهما الا ما سمياه فقط وقال ابو يوسف يسقط بالمباراة جميع حقوق
النكاح كما قال ابو حنيفة ولا يسقط بالخلع الا ما سمياه كما قال محمد له ان هذين اللفظين جعلا كناية عن الطلاق على مال
لتعذر العمل بحقيقتهما فلا يسقط العمل بهما الا ما اشترطا سقوطه ولا يجب الا ما اشترطاه ولابي يوسف ان المباراة
مفاعلة من البراءة فمقتضاها البراءة من الجانبين مطلقا الا انا قيدنا بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع
فمقتضاه الانخلاع فقد حصل في نقض النكاح فلا حاجة الى انقطاع احكامه ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن
الفصل ومنه خلع النعل والمباراة تقتضي البراءة مطلقا فوجب وجود الانخلاع والبراءة من الجانبين
عملا بالاطلاق في النكاح واحكامه وحقوقه تحصيل المقصود بانقطاع المشاجرة بينهما وخص حقوق النكاح بدلالة
الغرض ولو وقع الخلع بلفظ البيع والشراء فالاصح انه يوجب البراءة عند ابي حنيفة ولو اختلعها ولم يذكر المهر
ولا بدلا آخر غيره فالصحيح انه يسقط ما بقي منه وما قبضته فهو لها وان ذكر نفقة العدة سقطت والا فلا لانها
لم تجب ولا يقع البراءة عن نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع الا بالشرط لانه لم يجب لها فان شرط البراءة منها
في الخلع وقتا بان قال الى سنة او سنتين سقطت فان مات الولد قبل تمام المدة رجع عليها بما بقي من اجرة مثل
الرضاع الى تمام المدة والحيلة لعدم الرجوع ان يقول خالعتك على كذا وعلى نفقة الولد الى سنتين فان مات
في بعض السنة فلا رجوع لي عليك **فصل في الظهار** قال اذا ظاهر امرأته بان يشبهها او عضوا منها
يعبر به عن الجملة او جزءا شائعا بعضو يحرم عليه النظر اليه ممن يحرم عليه نكاحها مؤبدا فقد حرم عليه
وطيها ودواعيه الى ان يكفر فان اقدم قبله استغفر الله تعالى الظهار مصدر ظاهر ظهارا واصله قول
الرجل لامرأته انت علي كظهر امي او راسك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك علي كظهر امي او
بطنها او فخذها او فرجها لان كل هذه الاعضاء في معنى الظهر في الحرمة وكذلك لو شبهها بمن لا يحل له
نكاحها على التابيد كبنته او اخته او جدته او عمته او خالته او امه من الرضاع ونحوهن من المحرمات

لانه كلام زورا فيتقيد حرمة كالاحرام وحكم الظهار حرمة الجماع ودواعيه كاللمس والقبلة حتى يكفر فظهار
وقد كان الظهار طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله وجعله موجب الحرمة تنتهي بالكفارة ولا يزيل
النكاح والاصل فيه حديث خولة او جميلة بنت ثعلبة وقيل بنت خويلد امراة اوس بن صامت راها وهي
تصلي وكانت حسنة الجسم سمينة فلما فرغت دعاها اليه فابت فقال انت علي كظهر امي فكان اول ظهار في
الاسلام وكان طلاقا في الجاهلية فقال ما اظنك الا قد حرمت علي فقالت والله ما ذاك بطلاق فجاءت الى النبي عليه السلام
فقالت يا نبي الله ان اوسا تزوجني وانا شابة مرغوبة ذات مال واهل حتى اذا اكل مالي وافنى شبابي
وتفرق اهلي وكبرت سني ظاهر مني وندم فقال عليه السلام حرمت عليه فقالت اشكو الى الله فاقتي
او وحدتي كلما اعاد النبي عليه السلام القول ازدادت تشكو الى الله وروي انها قالت ان لي صبية صغارا
ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا اللهم اني اشكو اليك اللهم انزل على لسان نبيك فتغشى رسول الله
صلى الله عليه وسلم الوحي كما كان تغشاه فلما سري عنه قال يا خولة قد انزل فيك وفي زوجك قرانا وتلا
قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع عليم الذين يظاهرون
منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله
لعفو غفور والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا الاية ومن النظر
الى الظهار خاصة لكونه منكرا من القول وزورا فناسب ان يجازى عليها بحرمة ترتفع بالكفارة واذا حرم الوطي
حرم بدواعيه تحرزا عن الوقوع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم فانه يكثر وجودهما فيستلزم تحريم الدواعي
وقوع الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان اقدم على الوطي قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى
لما روى ابن عباس ان رجلا ظاهر من امراته فراى خلخالها في القمر فوقع عليها ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فذكر له استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولانه فعل فعلا محرما وارتكاب المحرمة يوجب الاستغفار ولو كان عليه شيء غير
ذلك لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان سكوته مع انه موضع الحاجة الى البيان بيانا وقوله اذا ظاهر
من امراته قيد احترازا حتى يخرج الامة لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع لملك الرقبة الا ترى انه يثبت ملك
اليمين دون الحل في الامة المجوسية والاخت من الرضاع ولا يثبت ملك النكاح في محل الحرمة لكونه مقصودا فلا يلحق
حل الامة التي هو تابع بحل المراة التي هو المقصود ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة
قال ولا يعتبر من ظهار الذمي ظهار الذمي لا يصح عندنا وقال الشافعي يصح ويلزمه التكفير بالمال لانه يملك
طلاقها فيملك الظهار منها لان الحرمة الثابتة بالطلاق اقوى من الحرمة الثابتة بالظهار ومالك الحرمة القوية يملك
الضعيفة ولانه مليء فيصح منه اعتبارا بالايلاء اذا حلف بالله عند ابي حنيفة ولنا ان الضمير في الذين يظاهرون
منكم من نسائهم للمؤمنين باجماع المفسرين

فلا يتناول

فلان صح

فلا يتناول الذمي ولانه ليس من اهل الكفارة لكونها عبادة عند الحنفية والذمي اهل لاصلها فيصح ذلك منه بخلاف
الظهار ولانه لا يتصف الا بمعنى واحد ليس الذمي من اهله قال ونفس العود الموجب للكفارة ان يعزم
على الوطي لا بالامساك العود الذي يجب به الكفارة ان يعزم المظاهر على الوطي وعند الشافعي
ان يمسكها بعد الظهار زمانا يمكن فيه ايقاع الطلاق ولا يطلق حتى لو طلق موصولا بالظهار لا يلزمه
الكفارة عنده لان العود عنده صنع للامراة وهو نقض ذلك يقال صنع الامير ثم فلان صنيعه ثم عاد لها
اي نقضها فنقض الظهار في امساكها نكاحا لان موجب هذا التشبيه ان لا يمسكها نكاحا ولنا ان موجب الظهار
حرمة الوطي فنقضه في العزم على الوطي واما النكاح فهو بحاله قال فان قال مثل امي وان نوى الكرامة
صدق وان نوى الظهار كان ظهارا او الطلاق فبائنا وان لم ينو شيئا فليس بشيء وجعله ظهارا اذا قال لامراته
انت علي مثل امي او كامي يحتمل معنى كناية يرجع فيها الى نيته وان قال اردت بالتشبيه التكريم صدق في ذلك
لانه نوى محتمل كلامه والتكريم بالتشبيه امر مشهور وان قال اردت الظهار كان ظهارا لانه شبهها بجميعها
فيشتمل على العضو المحرم فيصح عند نيته وان قال اردت الطلاق كان طلاقا بائنا ويكون ذلك تشبيها في
الحرمة كانه قال انت علي حرام وان لم يكن له نية فليس بشيء لانه كناية يحتمل وجوها ولا مرجح للبعض على
البعض فيلغو وقال محمد هو ظهار لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا كان التشبيه بجميعها ظهارا اولى
وعن ابي يوسف ان كان في حال الغضب فهو ظهار قال او انت حرام كظهر امي بنية الطلاق او الايلاء فهو ظهار
اذا قال انت علي حرام كظهر امي ونوى الطلاق او الايلاء قال ابو حنيفة لا يكون ذلك الا ظهارا وقالا هو على
ما نواه لان قوله انت علي حرام يحتمل الطلاق فانه من جملة الكنايات فاذا نوى صحت نيته وتعين طلاقا
فيكون قوله بعد ذلك كظهر امي تاكيدا لتلك الحرمة الثابتة بصدر الكلام وله ان قوله انت علي حرام يحتمل حرمة
الطلاق والايلاء والظهار وقوله كظهر امي محكم في الظهار لكونه صريحا فيه فيحمل المحتمل على المحكم فيصير بمنزلة
ما لو صرح بالظهار وما نوى ثبت به الطلاق فكذا هذه وقد روي عن ابي يوسف انه يكون طلاقا وظهارا
اذا نوى الطلاق وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله انه ليس بصحيح لان الطلاق اذا وقع بقوله انت علي
حرام كان طلاقا بائنا والظهار بعد البينونة لا يصح لانه يكون تشبيه المحرمة بالحرمة قال او انتن علي
كظهر امي كان مظاهرا منهن واوجبوها بعددهن اذا قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا
منهن جميعا ويجب كفارات بعددهن وقال مالك يجب كفارة واحدة هو ينظر الى جهة الوجوب وهي واحد
ونحن ننظر الى محل الوجوب وهو متعدد ورعاية المحل اولى لان الظهار مضاف الى الكل فصار كاضافة
الطلاق وانما يتعدد الكفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة وهذا بخلاف
الايلاء منهن لان الكفارة لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذلك

قال ولو ظاهر ثم ارتدا معا واسلما معا او هو ثم اسلم وجدد النكاح فهو باق اذا ظاهر الرجل من امرأته ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فالظاهر فظهاره باق عند ابي حنيفة وقالا يبطل الظهار وكذا لو ارتد هو وحده ثم اسلم وجدد النكاح وهذه من الزوائد لهما ان موجب الظهار حرمة موصوفة بانها تنتهي بالكفارة وقد بطل الوصف بالزيادة بالردة لارتفاع اهلية التكفير ولم يثبت الظهار بدون هذا الوصف كما لا يثبت بدونه ابتداء وله ان الباقي هو الحرمة وحدها فلا يتغير الوصف بخلاف الابتداء لان اهلية التكفير لا بد منها في السبب لينعقد موجبا للحرمة المنتهية بالتكفير وكذا في حال الحكم ليثبت حكم الظاهر الذي هو حرمة تنتهي بالتكفير وقد ثبت الحكم ههنا لكونه مسلما في الابتداء فيبقى بالاصل المقتضي اذ لم يوجد ما يثبت الحرمة وحدها لان الكافر اهل لها دون وصفها فاذا اسلما او اسلم الزوج وجدد نكاحها يعود وصف الحرمة لان انتفاء الحرمة الاهلية للوصف كان بسبب الكفر فاذا اسلم ارتفع المانع فبقي المقتضي سالما عنه فيعود الحرمة الى غاية التكفير

قال ويكفي عتق رقبة سليمة كاملة الرق قبل المسيس لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا واما وصف السلامة وكمال الرق مستفاد من اطلاق الرقبة لان المطلق ينصرف الى الكامل فاذا كانت الرقبة ناقصة قد فات منها جنس المنفعة المقصودة من العبيد لما كان له استحقاق العتق بسبب كانت ناقصة ذاتا او رقا فلم تكن داخلة تحت مطلق الرقبة وفي تنكير الرقبة اشارة الى جواز عتق الصغيرة والكبيرة والذكر والانثى والمسلمة والكافرة على ما يأتي تفصيله في الفروع قال ويجزئ الكافر والمكاتب الذي لم يؤد شيئا وقال الشافعي لا يجوز عتق رقبة الكافر ولا عتق المكاتب وانما قيده بقوله الذي لم يؤد شيئا لان المكاتب عندنا اذا ادى بعض كتابته لم يجز عتقه من الكفارة في الرواية المشهورة لما يأتي والثلاثة الاولى وصف الايمان شرط لوقوع اعتاقه تكفيرا كما في كفارة القتل بناء على اصله في حمل المطلق على المقيد ولنا اطلاق قوله تعالى فتحرير رقبة والكافر رقبة مؤمنة ولها النص بخلاف كفارة القتل فان النص قيد الرقبة فيها بالايمان والاصل في كل نص ان يعمل بمقتضاه اطلاقا وتقييدا وله في المكاتب انه مستحق للعتق بسبب الكتابة فباي وجه حصل عتقه وقع عن المستحق فلا يجوز بجهة فصار كاعتاق من ادى بعض كتابته وكالمدبر وام الولد ولنا ان الرق قائم من كل وجه ولهذا كان قابلا للفسخ والكتابة لا تنافي الرق لانه تكن العجز بعوض والواجب عتق رقبة كاملة بغير عوض يصرف في التكفير فاذا نوى في اعتاقه الكفارة ولم يؤد شيئا من بدل الكتابة فقد صرف عتق الرقبة الكاملة الرق الى الكفارة بغير عوض فيصح وان كانت الكتابة مانعة فانها تنفسخ في ضمن الاعتاق اذ الكتابة تحتمل برضا المكاتب والظاهر رضاه لحصول العتق مجانا الا انه يسلم له الاكساب والاولاد لان الفسخ وقع لضرورة التكفير فلا يظهر في حق الولد والكسب

قال ولا مقطوع اليدين او ابهاميهما او الرجلين ولا المجنون المطبق ولا الاعمى الاصل في هذا ان الرقبة عند الاطلاق ينصرف الى الكامل

ذاتا

ذاتا وذلك بان لا يفوت منها جنس المنفعة لان فوت جنس المنفعة بمنزلة فوات النفس الا ترى ان الشارع اوجب كمال دية النفس عند تفويت جنس المنفعة بخلاف اختلالها ولهذا جازت العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف اختلال المنفعة دون فواتها اذ قطعت يد ورجل من جانب واحد منع الجواز لفوات جنسها اذ المشي يتعذر عليه والمجنون الذي لا يعقل فاتت منافع جميع الاعضاء اذ المنفعة بها لا يكون الا بالعقل وهذا لان كان فاتت العقل فاما اذا جن مرة وافاق اخرى يجوز عتقه لان الاختلال غير مانع قال ويجوز الاصم وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لفوات جنس منفعة السمع ووجه الاستحسان انه وان اختل فالمنفعة قائم فانه اذا صيح به يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان كان قد ولد اصم وهو الاخرس لم يجز قال واجزنا الخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين وقال زفر لا يجزئه لتفويت اعتاق هؤلاء الثم هاهنا لكونه من وجه لتفويت المنفعة المقصودة من الاذان وهو الايلاء والجمال فصار كالعمياء ولنا ان المقصود من الاذن السمع وهو باق على الكمال والفايت زينة زايدة لا يصير العبد بفواتها مستهلكا كما لا يصير لفوات اللحية والحاجبين وكذلك الفايت في المجبوب والخصي منفعة النسل وهو زايد على ما هو المطلوب من العبد بحكم العرف ولم يجد نقصانا مانعا من جواز التكفير قال ولو اشترى اباه ينوي الكفارة يجزيه اذا اشترى اباه او ابنه ناويا بالشراء الكفارة جاز ذلك عن ظهاره وقال زفر والشافعي لا يجوز لانه يثبت له حق العتق بدخوله في ملكه عن غير جهة الكفارة فلا يجزيه عن الكفارة كما لو قال ان دخلت الدار فعبدي حر ثم دخلها ناويا يعتقه عن كفارة او ان ملكتك فانت حر ثم اشتراه ينوي الكفارة فانه يعتق عليه ولا يجزيه ولنا ان شراء القريب اعتاق رقبة عن كفارته فيجزيه وهذا لان الشراء القريب اعتاق قال النبي عليه السلام لن يجزي الولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعله معتقا بالشراء كقوله اطعمه وسقاه وضربه فاوجعه اي اطعمه الطعام فهو اشباع وضربه هو الايجاع وكذا الشراء هو الاعتاق فكان تحريرا الرقبة في الكفارة فيصح بخلاف ما الحق به لان نية التكفير لم يقارن التعليق الذي هو سبب الاعتاق عند الشرط حتى لو قال ان اشتريتك فانت حر عن كفارة ظهاري او ان دخلت الدار فانت حر عن كفارتي ثم وجد الشرط عتق عن الكفارة قال ولو اعتق موسر نصف عبد مشترك وضمن الباقي فاعتقه لم يجزئ او نصف عبده ثم الباقي ثم جاز ان لم يتخلل بينهما وقاع واجازه مطلقا هاتان مسألتان الاولى اذا اعتق نصف مشترك بينه وبين آخر والمعتق موسر ضمن قيمة الباقي فاعتقه عن الكفارة لم يجز عند ابي حنيفة مطلقا وقالا يجزئه ان كان موسرا ولا يجزئه ان كان معسرا ولهذا زاد في المتن لفظة الموسر ليفهم موضع الخلاف منهما والمسألة الثانية اذا اعتق نصف عبده من الكفارة

ثم اعتق باقيه جاز بالاتفاق ان لم يتخلل بينهما وقاع فان تخلل بين اعتاقه وقاع لم يجز عند ابي حنيفة وقالا يجوز
عتقه عن الكفارة مطلقا لمسالة الاولى انه لما ضمن قيمة نصيب صاحبه ملكه بالضمان وصار معتق كل العبد المملوك
عن الكفارة فيصح بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب على العبد السعاية في نصيب شريكه فيكون اعتاقا
بعوض وله ان نصيب صاحبه ناقص على ملكه فانه لا يقدر على التصرف فيه ببيع ولا هبة وهذا النقصان في ملك
الشريك مانع عن جواز عتقه في الكفارة بالضمان وانما ملكه بالباقي فاذا اعتقه فقد اعتق عبدا ناقصا الا انه انتقل نصيب
شريكه بالضمان اليه اما المسالة الثانية ما اذا اعتق نصف عبده بكلا من يتخلل فان النقصان حاصل في ملكه
بسبب الاعتاق جهة الكفارة ومثل هذا النقصان لا يمنع كما في الاضحية اذا اضجعها فاصابت السكين عينها بخلاف
المسالة السابقة في النصف الباقي متمكن على ملك الشريك وهذا التعليل على اصل ابي حنيفة فانه لا يتجزى الاعتاق
واما على قولهما وهو عدم تجزي الاعتاق فاعتاق البعض اعتاق للكل فلا يكون ذلك اعتاقا بطلا من وقال وانما
الشرط وهو قوله ان يتخلل بينهما وقاع هذه مسالة من فروع تجزي الاعتاق فعند ابي حنيفة اذا اعتق النصف
ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق الباقي لا يكون معتقا لعتق العبد كله في اصله وتقديم عتق جميعه على المسيس شرط
بالنص وعندهما اجزاه مطلقا سواء جامع قبل اعتاق الباقي او بعده لان اعتاق النصف عندهما اعتاق الكل
فكان معتقا لكل العبد قبل المسيس فوجد الشرط قال فان لم يجد صام شهرين متتابعين قبل المسيس ليس فيهما
رمضان ولا الايام الخمسة فقد تقدم الكلام في الاعتاق بفروعه فاذا لم يجد المظاهر ما يعتقه فكفارته صوم
شهرين متتابعين قبل المسيس لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ولم يجز ان يكون فيهما رمضان
ولا يوما العيد ولا ايام التشريق وهذه هي الايام الخمسة فان شهر رمضان يصوم الفرض وقد بينا انه يقع
عن الفرض بمطلق النية ومع الخطا في الوصف ولم يجز عن الظهار لتضمنه ابطال حق الشرع واما الخمسة فالصوم فيها
حرام منهي عنه فكان ناقصا فلا يتادى به ما وجب كاملا قال فان جامع التي ظاهر منها في خلالها ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف
ولا يامرنا به وان ظاهر جامع المظاهر امراته في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا الصوم استانف عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا يستانف لان الجماع نهارا ناسيا لا يفسد الصوم وليلا عامدا لا يمنع التتابع والشرط هو
التتابع ولهما ان التقديم على المسيس شرط فيهما قلنا بتقديم البعض وفيما ذهبتم اليه تاخير الكل عنه تقديم
البعض اولى ولهما ان الشرط تقدمهما على المسيس ومن ضرورتهما خلوهما عنه ومتى جامع خلالهما عدم الاخلاء عنه
فيستانف ضرورة قال وان افطر منهما مطلقا استقبل يريد بالاستقبال انه سواء افطر بعذر او بغير عذر فانه يستقبل
الصوم لان التتابع شرط وهو قادر عليه عادة والتتابع ينعدم بالفطر مطلقا فيستقبل قال ولا يجزي للعبد في الظهار الا
الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وفي هذا الحصر دليل على انه لو اعتق المولى عنه او اطعم لم يجزه لانه لم يكن

من اهل الملك ولا يفيد التمليك فان لم يستطع الصوم اطعم ستين مسكينا كالفطرة او قيمة ذلك اذا لم يستطع المظاهر
الصوم اطعم ستين مسكينا كما يطعم في صدقة الفطر او دفع قيمة ذلك اعتبارا بالفطرة لقوله عليه السلام في حديث سلمة
بن صخر واوس بن الصامت لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر هو الحاجة اليومية للمسكين فاعتبر
في الفطرة والكلام في جواز دفع القيمة في الزكاة قال فان غداهم وعشاهم جاز لان في الاية نص على الاطعام وهو حقيقة
في التمكين من المطعوم وذكر بالاباحة بخلاف الزكاة اذ الواجب فيها الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء فلا يحصل ذلك
بدون التمليك ولا بد من الشبع في الاكلتين اعتبارا بالعادة ولا بد من الادام في خبز الشعير ليتمكن من الشبع
فانه قلما ينساغ بدون الادام ولا كذلك خبز الحنطة وعن ابي حنيفة اذا غداهم وعشاهم خبزا وادما او خبزا
وحده او حيس شعير او سويقا او تمرا جاز قال فان اطعم واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه
او تفرق التمليك فيه قيد بالجواز وعدمه اما المسالة الاولى فلان المعتبر هو دفع حاجة المسكين وانها تتجدد
كل يوم فكان الدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره باعتبار تجدد الحاجة واما الثانية فاذا اعطاه كله في
يوم واحد دفعة لم يجزه الا عن يومه ذكر ان التفريق واجب بالنص وهذا في الاباحة لا خلاف فيه واما الخلاف
في التمليك وقد اشار المصنف الى الاول بقوله اطعم والى الثانية او اباحة وان فرق التمليك فيه وهي المسالة الثالثة
اذا ملك المسكين في يوم واحد مرارا فقد لا يجوز كالاباحة مرة واحدة وقيل يجوز لتجدد التمليك مرارا في يوم واحد هذه
من الروايات قال فان قربها في خلال الاطعام لم يستانف اوجبوا التقديم اما عدم الاستيناف بالقربان في خلال الاطعام
فلان التقديم لم يشترط في الاطعام ان يكون قبل المسيس كما اشترط ذكره في الاعتاق والصوم يجري على الخلاف
وهذا هو التعليل لما ذكره رحمه الله في جعل القربان في خلاله ولنا ان الكفارة في الظهار منهية للحرمة فلا بد من
تقديمها على الوطء ليقع الوطء حلالا ووجه اخر وهو ان الاطعام خلف عن الاعتاق والصيام فلو وجد زيادة بعد
المسيس من يقدر على الاصل في خلال الاطعام فيبطل حكم الخلف ويجب التكفير بالاصل فيقع بعد المسيس
والنص قد شرط تقديمه عليه فشرطنا تقديم الاطعام ايضا لكن ضعف بعضهم من حمل المطلق على المقيد وذكر
لان ابا حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا اذا قربها في خلال الشهرين استانفه تحقيقا لمعنى الاخلاء الذي هو من لوازم
التقديم والتقديم منصوص فاذا تعذر التقديم لم يتعذر الاخلاء فوجب الاستيناف ولو قربها في خلال الاطعام
لم يستانف اجماعا لان وجوب الاستيناف كان لتحقيق الاخلاء الذي هو مقتضى التقديم وليس منصوصا عليه
في الاطعام فلو كان هذا المنع من حمل المطلق على المقيد لحكموا بوجوب الاستيناف في الاطعام كما حكموا به في فصل
الصيام قال وان اعتق عن كفارتين رقبتين او صام عدد الايام والمساكين جاز عنهما من غير تعيين اذا وجب
عليه كفارتا الظهار فاعتق رقبتين او صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا ولم يعين احدهما جاز عنهما

لان الجنس متحد فلا حاجة الى النية المعينة اذ النية في الجنس الواحد لغو قال ولو واحدة عنهما يجزيه فيه
اذا اعتق رقبة عن كفارتين وهو مخير في التعيين عن ايهما شاء لان النية المعينة انما يعتبر عند اختلاف الجنس
والجنس هاهنا متحد فيلغو نية التعيين واذا لغت صحت الكفارة عن احدهما فيتخير في جعلها عن ايهما شاء
وهذه المسالة فيها خلاف زفر والشافعي رحمهما الله وسياتي في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى **فصل**
في اللعان قال اذا قذف امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة وهي ممن يحد قاذفها او طالبته بموجبه لاعن
وحكمه شهادات يؤكد بالايمان لا بالعكس وان امتنع حبس حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد فاذا
لاعن وجب عليها فان امتنعت حبست حتى تلاعن او تصدقه فيسقط ولا حد الا بتمام هذا الفصل لان
الالفاظ اللعان شهادات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ومقامه حد الزنا
في حق المراة وعند الشافعي يمين مؤكدات بالشهادات فيشترط اهلية اليمين اللعان فيجري بين المسلم
وامراة الكافر وبين الكافر وامراة الكافرة وبين العبد وامراته وعندنا يشترط اهلية الشهادات فلا يجري
الا بين الحرين المسلمين العاقلين غير المحدودين في القذف وهذا لان قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم
شهداء الا انفسهم فشهادة الملاعنة التي ثبت بالولد على النفي المكروه ولولا الايمان التي سبقت لكان
لي ولها شان ولكن تحتاج الشهادة لكان الاستثناء من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون من جنس
المستثنى وقوله فشهادة احدهم وهو صريح ان ما يوجد منهم من اللعان شهادات والدليل على انه قائم مقام القذف
في جانبه ان هلال بن امية قذف امراته خولة بشريك بن السحما فقال يا رسول الله رايت بعيني وسمعت باذني
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم البينة او حد في ظهرك فقال يا رسول الله اذا راى احدنا على امراته رجلا
ينطلق ويلتمس البينة فاعاد صلى الله عليه وسلم فقال هلال والذي بعثك بالحق اني لصادق ولينزلن الله
ما يبرئ ظهري من الحد فنزلت وقرا ولاعن عليه السلام بينهما والدليل على انه قائم مقام حد الزنا في حق
المراة ان هلالا حين راها بشريك بن السحما لان جاءت به ابيح واصهب اثيج حمش الساقين فهو
لهلال فان جاءت به خدلج الساقين سابغ الاليتين اورق جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت
المكروه فقال النبي عليه السلام لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان فدل على قيامه مقام الحد
ولانه انما يصار الى اللعان عند التكاذب فكان خلفا عن الحد الا ترى انه لو صدقته او اكذب هو نفسه
حد القذف وهي حد الزنا فعلم انه خلف والنفي حسن في جانبها الخلفية لقوله تعالى ويدرا عنها العذاب
ان تشهد اذا ثبت ذلك فاهلية الشهادة شرط لما بينا ويجري اللعان بين الفاسق وامراته لان الفاسق
اهل للشهادة عندنا الا انه لا تقبل شهادته في اكثر المواضع لتهمة الكذب وهذه الشهادة مشروعة في
موضع التهمة

فلا يرد

خلافيه وكذلك يجري بين الاعمى وامراته ولفاسق شهادته لان الاعمى اهل للشهادة ويجب ان يكون اهلا
اداها الا انه لا تقبل للتهمة بالكذب لانه لا يقبل سائر الشهادات لانه لا يفرق بين المشهود له والمشهود عليه
الا بقول غيره وهاهنا يقدر على ان يفرق بين نفسه وبين امراته فيكون اهلا لاداء هذه الشهادة
ولا يشترط بكون المراة ممن يحد قاذفها ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من فراش فاسد ولا يكون قذفها
لان الاصل في النسب هو الفراش الصحيح والفاسد ملحق به احتياطا لاحياء الولد فكان المعتبر الفراش
الصحيح قدمنا حتى لا يلزمنا الملحق به وهو الفراش الفاسد الذي من العوارض فلا يثبت الا بدليله ولا بد من
طلبها الموجب للقذف لان ذلك حقها دفعا للعار عنها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فاذا امتنع عن اللعان
حبسه الحاكم حتى يلاعن لانه حق وجب عليه فيحبس فيه لقدرته عليه او يكذب نفسه فيحد لانه اذا اكذب
نفسه سقط اللعان فوجب الحد الذي هو الموجب الاصلي للقذف ولهذا الاعتبار وجب عليها اللعان
بالنص فان امتنعت من ذلك حبسها الحاكم حتى يلاعنه لانه حق مستحق عليها بمجلس منه او يصدقه فيسقط
اللعان ولا تحد حد الزنا وهذان الحكمان من الزوائد فسقوط اللعان لاجل التصديق في علام وجوب حد الزنا
لانه متوقف على ان اقرار الاربع عندنا على ما ياتيك بحد حد الزنا عنده بالاقرار مرة واحدة قال وان لم يكن
من اهل الشهادة حد لما كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف امراته فعليه الحد لتعذر اللعان لمعنى
من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واللعان ثابت
على وجه الخلفية عنه قال وان كانت ممن لا يحد قاذفها وهو اهل فلا حد ولا لعان لان المانع من جهتها فصار
كما اذا صدقته وتعذر لانه اذا هو الحق الشين بها ولم يجب الحد عليه بحسنها لهذا الباب والاصل في ذلك
قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر
والحرة تحت المملوك وفي رواية المسلم تحته كافرة والكافر تحته مسلمة وصورته اذا كانا كافرين فاسلمت فقذفها
قبل عرض الاسلام وان كانا محدودين في قذف فعليه الحد لامتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس
من اهله والامام يعتبر امتناعه من قبلها لان البراءة من جانب الزوج وهو ليس باهل الشهادة فيتعين الحد
قال ولو شهد عليها بالزنا مع ثلثة فقبلها اذا قذف الزوج امراته بالزنا وهو رابع اربعة قبلت
شهادته عندنا وقال الشافعي لا تقبل لموضع التهمة حيث الحق العار به فحملته على الشهادة ولنا انه يصلح شاهدا
كما في غير الزنا والظاهر من حاله انه يسعى في ستر حال زوجته مهما قدر لا في اظهار الفاحشة فانتفت التهمة
ظاهرا قال ويبتدئ الزوج فيشهد اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وفي الخامسة
لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا يشير اليها وهي تقول اربعا اشهد انه لمن الكاذبين

فيما رماها به من الزنا وفي الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا والاصل فيه ما تلونا
ورواه الحسن عن ابي حنيفة انه يأتي بلفظ الخطاب فيقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال ووجه المذكور في الكتاب
ان لفظ المغايبة اذا انضم اليه الاشارة كان في انقطاع الاحتمال كالخطاب وانما يبتدئ الزوج لانه هو المدعي
لان الشرع عليه بدأ فيه بالزوج قال ولا تقع الفرقة بلعانه ولا بلعانهما فيتوقف على تفريق الحاكم
اذا فرغ الزوج من لعانه قال [illegible] وقعت الفرقة بينهما قبل لعان المرأة وقال زفر تقع الفرقة اذا تلاعنا
جميعا وعندنا لا تقع الفرقة الا بتفريق الحاكم بعد التعانهما حتى لو مات احدهما قبل حكم الحاكم بالفرقة ورثه الآخر
للشافعي ان الفرقة تقع بمجرد لعان الزوج ويقع بكلامه ولعانه بعد ذلك لدرء الحد عنها قال الله تعالى ويدرؤ
عنها العذاب ان تشهد ولزفر قوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نفى الاجتماع بينهما بعد التلاعن فيكون
تنصيصا على الفرقة بينهما بعد تلاعنهما ولنا ما روي عن عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر انه صلى الله عليه وسلم
لاعن بين رجل وامرأته فلما فرغا فرق بينهما ولو وقعت الفرقة بينهما بلعانه او بلعانهما لما احتيج الى التفريق
ولما روي عن سهل بن سعد انه عليه السلام لما لاعن بين العجلاني قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها
هي طالق ثلثا قال الراوي ففارقها قبل ان يأمرها عليه السلام ففارقها فكانت سنة المتلاعنين
ان يفرق بينهما ووجه الاستدلال ان الفرقة لو وقعت بتلاعنهما لم يقع طلاقه ولما امضاه عليه السلام ولا نكير
عليه ذلك ولان حرمة العقد تثبت باللعان لعدم انتظام الازواج والسكنى بينهما مع اصرارهما على ما قالاه
والعقد لا يرتفع الا بارتفاع مرتبة كما في العنين الا ان الزوج بالقذف الذي هو سبب اللعان صار
ممتنعا عن الامساك بالمعروف فيتعين عليه التسريح بالاحسان فيؤمر به فاذا امتنع ناب القاضي منابه
فيه وما رواه محمول على بيان حرمة الاستمتاع دون وقوع الفرقة عملا بهما جميعا كما في المجوسي اذا
اسلم تثبت حرمة الاستمتاع في الحال ولا تقع الفرقة ما لم يطلقها زوجها او يفرق القاضي بينهما حتى لو اسلم الآخر
بقي النكاح بينهما فكذا ههنا اذا فرغا من اللعان تثبت حرمة الاستمتاع في الحال ولا تقع الفرقة الا بطلاقه
ثانيا او تفريق الحاكم حتى لو اكذب نفسه في هذه الحالة بطلت تلك الحرمة وحلت له زوجها بدون تجديد النكاح
لو طلقها في هذه الحالة تطليقة واحدة قال وتكون تطليقة بائنة ولو اكذب نفسه او حد للقذف او هي
زنت جاز نكاحها وثبت تحريمها اذا فرق الحاكم بينهما بعد التعانهما كانت الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي
منسوب الى الزوج فصار كما في العنين ولو اكذب نفسه جاز نكاحها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي حرام عليه
ابدا لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما ان المتلاعنين هما المشتغلان
باللعان حقيقة وبعد الفراغ لا يكونان متلاعنين حقيقة الا ان الشرع اعتبرهما متلاعنين لترتب حكم اللعان
عليهما

عليهما وهو الحرمة المؤبدة فاذا اكذب نفسه فقد عدم حقيقة وحكما لان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع
لا حكم لها ولا بقاء اللعان بعد الاكذاب محال لانه يجب عليه الحد باكذابه نفسه فلا يصير اهلا للشهادة
فلا يصير اهلا للعان فلا يبقى متلاعنا حكما ثم انتفت اهلية اللعان عنه بحال ولا ينافيه الحديث فيجمعان
بالعمومات المبيحة للنكاح واذا ثبت جواز الاجتماع بعد الحد المتعقب للاكذاب يثبت قبل الحد
لانه لم يطالب المرأة لامتناع اقامة حد القذف بدون من له الحق فاذا قذف غيرها فحد به لم يبق
اهلا ايضا فارتفع اللعان بحكمه وكذلك اذا زنت هي فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها قال
ولا يتعلق بقذف الاخرس اي لا يتعلق بقذفه لعان لان ذلك يتعلق بالصريح كحد القذف وهذا
لانه لا يعرى عن شبهة والحدود تندرئ بالشبهات والمعنى فيه قال فاذا كان القذف بولد نفى القاضي
نسبه والحقه بامه وصورة ذلك ان يقول الزوج بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا
في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد جميعا ذكرهما في اللعان فاذا التعنا نفى القاضي نسب الولد
عن الاب والحقه بامه لما روي انه عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ولان
المقصود من هذا اللعان نفي نسب الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمن ذلك القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف
ان القاضي يفرق ثم يقول قد الزمته بامه واخرجته من نسب الاب لان نفي الولد ينفك عن التفريق فلا بد من ذكره
قال وان نفى الحمل لا يلاعن وقالا ان اتت به لاقل من ستة اشهر لاعن ولا توجيه للحال اذا نفى الرجل حمل امرأته
عنه بان قال ليس حملك مني فلا لعان اصلا عند ابي حنيفة وقالا ان اتت بالولد لاقل من ستة اشهر حين نفاه
وجب عليه اللعان وقال الشافعي يجب اللعان بنفي الحمل للحال لان النبي عليه السلام لاعن بين هلال بن امية وهي حامل
والحق الولد بها ولهما انه قد تيقن بطريق التيقن انه كان قد قذفها حين قال هذه المقالة فيتحقق الموجب
اللعان فيجب وله انا اجمعنا على ان اللعان لا يجب قبل الولادة عندنا فلو اوجبنا اللعان بعد الولادة لكان
هذا في معنى تعليق القذف بالشرط فلا يوجب شيئا كما لو قال ان كان بك حمل فليس مني لا يكون شيئا ولو
اتت به لاقل من ستة اشهر وهذا لان القذف انشاء والانشاء لا يتعلق بالشرط لان الاخبار يحتمل الصدق ولا يقبل
بالشرط كالاخبار وكذا عكسه ولا حجة في حديث هلال لانه قذفها بصريح الزنا فانه روي انه ادعى انه وجد
رجلا يزني بها وانه موجب اللعان في الحال والكلام ههنا في مجرد نفي الحمل قال وان قال زنيت وهذا الحمل من
تلاعنا ونفيه اذا قال لامرأته زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف صريحا ولم ينف القاضي
الحمل عنه وقال الشافعي ينفيه وهذا الخلاف من الزوائد له ما روي انه عليه السلام نفى ولد هلال وقد قذفها
حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة ولان الاحتمال قائم في كونه حملا او غيره لامتناع الحكم

وهو ضرر بين كالارث والوصية والحديث محمول على انه عن قال وان نفى ولده عقيب الولادة
او حال قبول التهنئة او ابتياع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وانتفى نسبه والتقدير بيوم او سبعة
روايتان وقالا صح في مدة النفاس اذا نفى الولد في ... الزمان التي تقبل التهنئة به او في
حال ابتياع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وينبغي ان ... فاما بعده لاعن وثبت نسبه وهذا
ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انه مقدر بسبعة ايام وروي عنه التقدير بيوم وقال ابو يوسف ومحمد
يصح نفيه في مدة النفاس ويتوقف بعد اربعين يوما ولا اصل لهذا لان النفي ... الولادة دون غيرها لان النفي
انما يعتبر عند الولادة فيتقادم العهد دليل الالتزام فيمتنع النفي بعد ذلك لهما ان النفاس اثر الولادة فجعل
زمانه زمان حضرة الولادة وابو حنيفة يقول على ظاهر المذهب اعتبار الحضرة للولادة وعرفنا جعل كذلك
لانه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه تختلف فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة
او سكوته عندها او ابتياع آلة الولادة ومضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ووجه التقدير بيوم انه
ملحق بالحال باعتبار ان المجلس قد يدوم يوما وحال الولادة زمان حضرتها فكذا ما الحق به ووجه التقدير
بسبعة ايام ان اثر الولادة وقبول التهنئة يمتد الى هذه الايام ويظهر فيها عادة فالحقت بالحضرة اعتبارا
للاثر بالعقيقة وما وراء ذلك فليس بحضرة الولادة ولا يتصل بها فكان في معنى ما تقادم به العهد فلا يصح النفي
فيه واذا كان غايبا فاخبر بالولادة يجعل كانها ولدت الآن ... الخلاف في الزمان الذي بعد العلم فعنده له النفي
يوما او سبعة على الروايتين وعندهما الى تمام الاربعين يوما ان لم تمض لانه لا يجوز ان يلزمه النسب مع عدم علمه
مضا وحال علمه كحال الولادة على الاصلين واما اذا مضت اربعين يوما فعندهما تمام الاربعين يوما من حين
علمه مقام الاربعين الاول وعن ابي يوسف تمام مدة الرضاع وهي سنتان مقام مدة النفاس لاختصاص
كل واحد منهما بالولادة وهذه المسئلة من الزوايد قال واذا اتت بولدين في بطن فاعترف بالثاني نفيا
بالاول وحده او بالاول نفيا بالثاني ولاعن اذا اتت المرأة بولدين في بطن واحد فنفى الولد الاول
فاعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توامان خلقا من ماء واحد فكان اعترافه باحدهما اعترافا بالاخر
وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالولد الاول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما قلنا ولاعن
لانه قاذف بنفي الثاني فلم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فكانه قال هي عفيفة ثم هي زانية
وفيه اللعان والمسئلة الثانية من الزوايد قال ولو ماتت بنته المنفية ثم عن ولد فادعاه فنسبه
غير ثابت قال ابو حنيفة اذا ماتت البنت المنفي نسبها عن ولد ثم قال الذي نفى نسبها هذا الولد ولدي
لم يثبت النسب منه وقالا يثبت لانه لو كان المنفي نسبه ابنا والمسئلة بحالها ثبت نسبه اجماعا

وكذا هذا لان بين الولدين اشتراكا في احكام النسب من عدم قبول الشهادة وعدم جواز اداء الزكوة
فيشتركان في دعوى الصحة وله ان نسب الولد منها ثابت من ابنه وجاء من قبلها الخبية عن ثبوته
من جانب الام بخلاف ولد الابن لاحتياجه الى ثبوت نسبه من الجد لافتقاره اليه في النسبة فافترقا
في الحاجة فلا يثبت اركعه الدعوة في العدة فصل في العدة قال تعتد الحرة الحائض المدخول بها
عن الطلاق او الفسخ بثلثة قروء وتاولها بالحيض لا بالاطهار العدة مصدر عد الشي يعده وسئل عليه
السلام متى يكون القيامة قال اذا تكاملت العدتان اي عدة اهل الجنة وعدة اهل النار اي عددهم
وسمي الزمان الذي يتربص فيه المرأة عقيب الطلاق والموت عدة وانها تعتد الايام المضروبة
عليها في الشرع والاصل في وجوبها قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والعدة
ثلثة بالحيض او الاشهر او وضع الحمل وقد ورد الكتاب بالجميع واسبابها الطلاق والوفاة والوطي
على ما نبينه لزوال النكاح فالمطلقة والتي فسخ نكاحها بغير طلاق اذا كانت حرة ممن تحيض وهي مدخول بها
عدتها ثلث حيض وقال الشافعي ثلثة اطهار وهذا الخلاف في تاويل القروء وهو لفظ مشترك وضع للطهر
والحيض واستعماله فيهما معا محال بالاجماع فاوله الشافعي بالاطهار لان واحدها قرء وقال عليه السلام
ان من السنة ان تطلقها في كل قرء تطليقة اي في كل طهر واوله اصحابنا بالحيض لقوله عليه السلام المستحاضة
تدع الصلوة ايام اقرائها وقال عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وكان بيانا في جانب الحرة
ولان الجمع الذي يقرن به العدد يجب الكمال صونا للعدد عن الالغاء فانه لفظ خاص موضوع لعدد مخصوص
والطلاق اذا وقع حالة الطهر فلو انقضت العدة بالاطهار لانقضت بطهرين وبعض الثالث وانما يستقيم
ذكر الجمع اذا لم يقرن به العدد كقوله تعالى الحج اشهر معلومات اما مع اقتران العدد به فلا احترازا عن ابطال
حكم العدد فاما اذا انقضت بالحيض كانت ثلثة كاملة والثلثة اسم للكامل ولان الحيض معرف لبراءة الرحم
وهو المقصود من العدة وانما شرط الدخول لان غير المدخول بها لا عدة عليها لقوله تعالى فما لكم عليهن من عدة
تعتدونها والفسخ كالطلاق لان العدة لبراءة الرحم وانه يشملهما وانما تاولناها ... ولهما ان المول
وهو ما ترجح من المشترك بغالب الراي ... الى الراي رجع قال وان طلقت في الحيض لم تعتد بتلك
الحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل ولا ينتقض عنها قال والصغيرة
والآيسة بثلثة اشهر وتعتد الصغيرة والآيسة لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم
فعدتهن ثلثة اشهر واختلف اصحابنا في حد الاياس فقال بعضهم يعتبر بقرابتها وقيل يعتبر بتركيب
بدنها لانها مما يختلف بالسمن والهزال وعن محمد انه قدره بستين سنة وفي بعض الروايات الرومية انه قدره
بخمس وخمسين سنة

وفي المولدات ستين وقيل هو مقدر بخمسين سنة والفتوى على خمس وخمسين سنة من غير فصل وعنه رواية
الحسن عن ابي حنيفة وعنه ايضا ما بين خمس وخمسين الى ستين قال وان امرأة امتد طهرها لا تعتد الا ان تبلغ الاياس
يعني الحرة اذا كانت ممن تحيض الا ان طهرها ممتدة فانها تعتد بالحيض وقال مالك تتربص بعد الطلاق
تسعة اشهر ثم تعتد بعدها بثلثة اشهر لان تسعة اشهر هي المدة المعتادة لظهور الحبل فاذا انقضت تحققنا
براءة الرحم ثم تعتد بثلثة اشهر لتصير ذوات الاشهر ولنا ان الاعتداد بالاشهر مختص بالصغيرة والآيسة
وهذه ليست بصغيرة ولا آيسة لانه لم يحكم باياسها فيكون حائضا باستصحاب الحال فلا تعتد بالشهور
قال والامة بحيضتين وان لم تحض فعدة الآيسة بشهر ونصف لانه وعدة الامة لما كانت ممن تحيض حيضتين لما روينا
ولان الرق منصف والحيضة الثانية لا تتجزأ فكملت وعن عمر رضي الله عنه لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان
كانت آيسة من كبر او صغر فعدتها شهر ونصف وقال مالك تعتد بثلثة اشهر الا طلاق بائنا وانا ان
الرق موثر في التنصيف لما وجب على الحرة الاعتداد بثلثة قروء وقال عليه السلام عدة الامة حيضتان ظهر
اثر التنصيف الا ان التكامل لعدم تجزي الحيضة والتنصيف غير متعذر في الاشهر فجرينا على الاصل قال
والحرة المتوفى عنها باربعة اشهر وعشر اي وعدة الحرة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا
يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا والمعتبر عشرة ايام وعشر ليال من الشهر الخامس وروي عن عبد الله
بن عمرو بن العاص ان المعتبر عشر ليال وتسعة ايام حتى جاز لها ان تتزوج في اليوم العاشر وقد اخذ بظاهر
الجموع التذكير والتانيث فقال عشر ليال وعشرة ايام ولكنا نقول ذكر احد العددين من الايام والليالي
بعبارة الجمع تقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر قال والامة بالتنصيف اي وتعتد الامة بشهرين
وخمسة ايام لما بينا من تاثير الرق في التنصيف قال والحامل مطلقا بالوضع اي وتعتد الحامل سواء كانت حرة
او امة بوضع حملها يعني منتهى عدتها وضع حملها لعموم قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
ولان المقصود انما هو تعرف براءة الرحم مع وجود الحمل ولا شغل بعد وضعه واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله
لو وضعت والزوج على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج وعن ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء
القصوى يعني سورة الطلاق اشار الى هذه الآية نزلت بعد التي في سورة البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون
ازواجا فيكون ناسخة لها في حق الحامل ويبقى فيما وراءها على اطلاقها قال والفاسدة النكاح الموطوءة بشبهة
بالحيض في فرقة والموت لان العدة فيهما لتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف قال
واذا اعتدت الآيسة بالشهور ثم رأت الدم استأنفتها بالحيض وانما تستأنف اذا رأت الدم على جري عادتها
وهذا لان عود الدم على العادة يبطل الاياس هو الصحيح وشرط المصير الى الخلف استمرار العجز عن اتيان الاصل

الى

الى حين الموت كالفدية في حق الشيخ الفاني ولان الاعتداد بالشهور خلف عن الاعتداد بالحيض ولا يصح الا بعد الياس
واذا قدرت على الاصل انتقض حكم الخلف قال ولو رأت بعد الحيضتين فبالشهور تحرزا عن الجمع بين الاصل والخلف
والمبدل والبدل فان شرط البدل العجز عن الاصل فلا يجتمعان قال ولو اعتقت في العدة من رجعي اعتدت
بعدة الحرائر وان كانت مبانة لم تتغير الامة اذا اعتقت وهي معتدة من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى
عدة الحرائر وقال مالك لا ينتقل لانها وجبت على جهة فلا يتبدل ولو كانت معتدة من طلاق بائن لا تنتقل
عدتها الى عدة الحرائر وقال الشافعي هي كالحرة في قول وكالامة في قول وفي ثالث ان كانت رجعية التحقت بالحرة
وان كانت بائنة تعتد بعدة الامة وجه الانتقال الاعتبار للعدة على الطلاق الرجعي والجامع حصول شرف الحرية
ولنا وهو الفرق ان النكاح قائم مع الطلاق الرجعي من كل وجه فانتقلت العدة كما لو اعتقت قبل الطلاق
بخلاف المبانة والمتوفى عنها زوجها لزوال النكاح بالابانة والموت وتقرير هذا المعنى ان التعارض واقع
بين انعقاد السبب وهو الطلاق وبين حال نزول الحكم وهو البينونة عند انقضاء العدة فاذا اعتبرنا
حالها عند انعقاد السبب يجب عدة الاماء حين الانعقاد فاذا اعتبرنا حالها عند زوال الحكم يجب
عدة الحرائر فتقتصر على زمان الحكم فاعتبرنا زمان السبب في حق الشروع وزمان الحكم في حق التمام اعتبارا لحالها
في الحالتين واعمالا للدليلين واما في البينونة فلم يتعارض الدليلان لحكم بالبينونة زمان وقوع الطلاق
واذا اعتقت ام الولد او مات مولاها تعتد بثلث حيض لا بواحدة وقال الشافعي بحيضة واحدة لانها
واجبة لزوال ملك اليمين فاشبهت الاستبراء فان الغرض تعرف براءة الرحم ولنا انها واجبة لزوال الفراش
فاشبهت عدة النكاح وفراش ام الولد وان كان اضعف من فراش المنكوحة الا انهما تشتركان في اصل الفراش
والمحل يحتمل الاحتياط فيلحق الضعيف بالكامل منه احتياطا قال او مات زوجها ومولاها وجهل الترتيب لكنه
كان بينهما خمسة ايام عدتها عدة الوفاة وفي الاخرى ما بين العدتين وهذه مسائل الاولى اذا مات مولى ام الولد عنها ومات
زوجها وجهل الترتيب لكن بينهما اقل من شهرين وخمسة ايام باربعة اشهر وعشر لان المولى ان مات اولا لم
يلزمها الاعتداد عنه لانها منكوحة معتقة فيلزمها عدة وفاة الزوج اربعة اشهر وعشر وان مات الزوج اولا
يلزمها شهران وخمسة ايام وبموت المولى لا يلزمها عدة المولى لانها معتدة عن نكاح فيلزمها في حال اربعة اشهر
وعشر وفي حال نصفها فيعتد بالاكثر احتياطا المسألة الثانية اذا مات وجهل الترتيب لكن بينهما شهرين
وخمسة ايام او اكثر اعتدت باربعة اشهر وعشر تستكمل فيها بثلث حيض لان المولى ان مات اولا يلزمها عدة لانها
منكوحة وبعد موت الزوج يلزمها اربعة اشهر لانها حرة وان مات الزوج اولا لزمها شهران وخمسة ايام وبموت
المولى بعده يجب عليها ثلث حيض فيجمع بينهما احتياطا الثالثة وهي الخلافية لم يعلم ما بين موت المولى والزوج
والترتيب مجهول

قال ابو حنيفة يعتد باربعة اشهر وعشر لا غير وقالا يجمع بين العدتين احتياطا لجواز ان يكون مات اولا
فعتقت ثم مات الزوج فانقضت شهرين وخمسة ايام ثم مات المولى فيجب بثلث حيض وهذا لان موت المولى
سبب الاعتداد بثلث حيض وقيام حق الزوج مانع وقد وقع الشك في انتفاء المانع فوجب حكم السبب احتياطا
كما لو تزوج بنتين في عقدة ونكاح في عقدة واربعا في عقدة ومات مجهلا فان العدة تجب على الجميع لوجود السبب
ووقوع الشك في المانع وهو تقدم نكاح تدين على فريق آخر بخلاف ما اذا وقع الشك في السبب كما اذا قال ان لم
افعل كذا فانت طالق ثم مات ولا يعلم وجد الشرط ام لا فانها لا يعتد بعدة الطلاق لوقوع الشك في السبب لانه
يعتقد عند وجود الشرط ووجوده مشكوك فيه ولهما ان الواقع ليس الا احتمال الا ان احد الاحتمالين ثابت في الاحتمال
الآخر بيان هذا ان موت الزوج بعد المولى يوجب الاعتداد بعد الوفاة قطعا وهذا الاحتمال ثابت والاحتمال
موت الزوج قبل المولى ليس يوجب الاعتداد بثلث حيض قطعا لجواز ان يكون موت المولى بعد الزوج قبل انقضاء
الشهرين وخمسة ايام ولا يجب وجواز ان يكون بعد انقضاء هذه المدة فيجب فيها فالاحتمال ثابت على احد التقادير
دون الآخر فكان الاحتمال بما مات قطعا قائما مقام الحقيقة عملا بالاحتياط ولا تقام احتمال وجوب العدة على المولى
لان شبهة الشبهة ساقطة الاعتبار بالاجماع بخلاف وجوب العدة على اولئك النساء لثبوت احتمال وجوب العدة
والا لا يجب قطعا فيكون الاحتمال بما ملحق بالحقيقة قال ولو مات صغير عن امراته الحامل فعدتها بالشهور كالتي
الحادث بعده وقالا بوضع الحمل صغير مات عن زوجته وهي حامل قال ابو يوسف والشافعي تعتد بالشهور لانها
متوفى عنها زوجها وقد تيقنا بفراغ رحمها عن مائه كما لو حدث الحبل بعد موته وقد نبه بقوله كالتي الحادث بعده
على الحكم في تلك المسئلة ولان التعليل لابي يوسف وقال ابو حنيفة ومحمد تعتد بوضع الحمل لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن
وهذا فرض افعلها تينا وله عموم النص فيقضي عليها حكمه ولان العدة في اولات الاحمال مقدرة بوضع الحمل
قصرت المدة وطالت لا لتعرف براءة الرحم لانها شرعت بالاشهر في حق الحامل مع وجود الاقراء وليس في ذلك
الا قضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في حق الصبي وان لم يكن له الحمل منه بخلاف ما لو حدث الحبل بعد الموت
لان العدة وجب بالاشهر لا تتغير بحدوث الحبل مطلقا وحيث مقدرة بوضع الحمل انما فرقنا فانه في الهداية
ولا يلزم امراة الكبير اذا احدث به الحبل بعد الموت تعتد بوضع الحمل وليس كذلك بالجواب في الفصلين
واحد ومتى كان الحبل حادثا بعد الموت كان من زنا فلا يعتد حكم العدة به وانما الفرق في امراة الكبير اذا جاءت
بالولد لاقل من سنتين تنقضي عدتها به لانه يستند العلوق الى ما قبل الموت حتى يحكم بثبوت النسب من الزوج
فتبين به ان الحبل ليس بحادث بعد الموت وفي امراة الصغير لا يستند العلوق الى ما قبل الموت وانما يستند
العلوق الى اقرب الاوقات لان النسب لا يثبت منه فاذا لم يكن الحبل منه ظاهرا وقت الموت جعلت
حبلا حادثا

قال ولا يثبت نسب الولد منه لانه لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح انما يقام مقامه في موضع التصور
وهذا من الزوائد قال واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى يا من يهامع تداخل العدتان فان
انقضت الاولى لم تكن الثانية المعتدة عن طلاق اذا وطئت بشبهة بان يزوجها رجل وعدتها على فراشه ودخلت
النساء انها زوجته وجب عليها عدة اخرى من الوطء بالشبهة وتداخل العدتان فيكون ما تراه من الحيض
محتسبا منهما جميعا لكان الوطء بشبهة لا يتداخلان لان المقصود هو العبادة في باب الاعتداد عبادة عن الكف عن
الخروج والازواج كالصومين لا يتداخلان في يوم واحد ولنا ان المقصود انما هو تعرف براءة الرحم ومعنى العبادة
تابع لا مقصود الا ترى ان العدة تنقضي بدون علمها ومع ترك الكف والعبادة لا تحصل من المكلف بدون علمه ولا مع
تركه اياها والتعرف بما يحصل مع التداخل ولو كانت معتدة الوفاة فوطئت بشبهة تعتد بالاشهر وتحتسب
بما تراه من الحيض في العدة الثانية تحقيقا للتداخل بقدر الامكان قال ويبدئ مدة الطلاق والوفاة عقيبهما وتنقضي
بمضي المدة وان لم تعلم بها ابتداء عدة الطلاق والوفاة عقيبهما لان السبب في وجوبها الطلاق
والوفاة فيعتبر ابتداؤها من حين وجود السبب فان اقرانه طلقها من وقت كذا فكذبته او قال
لا ادري وجبت العدة من وقت الاقرار ويجعل الاقرار كانشاء الطلاق احتياطا وان صدقته فمن
وقت الطلاق واختيار المشايخ انما يجب من وقت الاقرار لحرازا عن المواضعة وزجرا عن كتمان طلاقها
لانه يصير حينئذ لو قد تهاون المحرم ولا يجب بها نفقة العدة قال وابتداؤها في النكاح الفاسد عقيب التفريق
او العزم على ترك الوطء لا من آخر الوطآت العدة في النكاح الفاسد من حين التفريق بينهما او
عزم الوطء على ترك الوطء وقال زفر من آخر الوطآت حتى لو كانت حاضت بعد الوطء قبل التفريق
ثلث حيض فقد انقضت العدة واثبات خلاف زفر من الزوائد له ان المؤثر في ايجابها انما هو الوطء فتعتبر
آخر الوطء ولنا ان كل وطء يوجد في العدة الفاسد يستند الى حكم العقد الا ترى انه لا يجب بالوطيات
كلها الا مهر ولو بنيت العدة قبل المتاركة او العزم فوجد وطء آخر بعدها لم يكن الحد لزوال الموجب
للحد اذ العدة انما تجب عند زوال العقد فلا يجوز ان يثبت مع جوازه وطء الوطء ولان التمكن من الوطء
على الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء فاذا وجدت المتاركة انقطع التمكن فانقطع جعله
واطيا فوجبت العدة حينئذ قال واذا اقرت بانقضائها بالحيض فاقل المدة شهران وقالا تسعة
وثلثون يوما اقل مدة تصدق فيها المراة اذا اقرت بانقضاء عدتها بالحيض شهران عند ابي حنيفة
وقالا تسعة وثلثون يوما امينة اخبرت بانقضاء عدتها في مدة تحتمل انقضاؤها فيه فيصدق لجواز ان
يكون مدة حيضها ثلثة ايام وطهرها خمسة عشر طهر ثم ثلثة حيض فكملت العدة وله ان احكام الشرع

بينى على الغالب دون النادر وكون مدة حيضها وطهرها اقل مدة الحيض والطهر نادر فيلحق بالمعدوم
وكذا كونها اكثر مدتهما فيه فبنى الحكم على الوسط وهو اعتبار اقل المدة في احدهما واكثرها في الآخر
لكن اكثر الطهر غير مقدر فاعتبر اكثر مدة الحيض واقل مدة الطهر فثلثون يوما مدة ثلث حيض وللشهر
اخرى مدة طهرين وهذه رواية محمد وروى الحسن زيادة انه يعتبر الوسط من الحيض وهو خمسة ايام ويجعل
مبدا الطلاق في اول الطهر عملا بالسنة فخمسة عشر يوما طهر وخمسة حيض هكذا الى ثلث مرات وقول الامين
انما يعتبر اذا لم يتضمن ابطال حق معصوم وههنا يتضمنه بانه يبطل حق الزوج في الرجعة ومنعها عن الخروج
وصار كالوصي اذا ادعى على اتفاق شيء كثير على الصغير انه لا يصدق والامة اذا اقرت بانقضاء عدتها
بالحيض فعندهما يصدق في احد وعشرين يوما ستة ايام حيضتان وخمسة عشر يوما طهر وعند ابي حنيفة
في رواية محمد يصدق في خمسة وثلثين يوما وعلى رواية حسن في اربعين يوما قال ولو علق طلاقها بالولادة فاقلها
خمسة وثمانون والمائة رواية ويصدق فيها في خمسة وستين لا اربعة وخمسين اذا قال لامراته ان ولدت فانت طالق
فولدت وطلقت ثم اقرت بانقضاء عدتها بالحيض فروى محمد عن ابي حنيفة انها لا تصدق في اقل من خمسة
وثمانين يوما وروى الحسن انها لا يصدق في اقل من مائة وقال ابو يوسف تصدق في خمسة وستين يوما وقال
محمد في اربعة وخمسين يوما وجه رواية محمد الطهر المتخلل بين الدمين في مدة النفاس عنده فلا بد من مدة يوجد
بعدها طهر لا يكون حكم النفاس فيكون خمسة وعشرين يوما نفاسا وخمسة عشر طهرا الا ان جعلنا مدة النفاس
اقل من ذلك لا يكون الخمسة عشر طهرا ثم خمسة ايام للحيض نصف خمسة وثمانين ووجه رواية الحسن انه يوجد
الاربعين يوما عشرة ايام للحيض اعتبارا للاحتياط ثم خمسة عشر للطهر كما مر في المسئلة السابقة حتى يتم
ستين فيضاف الى الاربعين حتى يتم مائة ووجه قول ابي يوسف ان يجعل نفاسها احد عشر يوما لان اكثر الحيض
عشرة والنفاس يزيد عليه فزدنا عليه يوما وطهرها خمسة عشر يوما ثلث مرات والحيض ثلث
مرات كما سبق فيصدق فيه لتصور اذا كانت مؤتمنة شرعا ووجه قول محمد ان اقل النفاس لا حد له
واقل ما يصدق المعتدة بانقضاء العدة بالحيض تسعة وثلثون يوما عنده فزاد عليها خمسة عشر يوما
للطهر بعد النفاس فصار المجموع اربعة وخمسين يوما غير ساعة النفاس قال وتترك الحرة والامة في عدة
الوفاة عن نكاح الطيب والزينة والكحل والدهن الا بعذر المتوفى عنها زوجها يجب عليها الاحداد
حرة كانت او امة لقوله عليه السلام لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام
الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا نفى الحل وهو مستلزم لثبوت الحرمة لعدم الواسطة والحرمة اثر النهي
فكانه قال عليه السلام لا تحد امراة على ميت الا على زوجها فانها تحد والخبر يعبر به عن الامر للمبالغة

والتاكيد

والتاكيد وقوله عن نكاح صحيح قيد لتخرج النكاح الفاسد لان النكاح لا يبقى على زواله لانه واجب
الزوال ولو حدا لها يتال الحد لها هو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب
ويدخل في الزينة لبس المزعفر والمعصفر والخز لان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة
عن النكاح فتجتنبها تحقيقا لباب الذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح انه عليه السلام لم ياذن
للمعتدة للاكتحال ونهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال عليه السلام الحناء طيب والدهن لا يعرى
عن نوع طيب وهو زينة الشعر ولهذا امنع منه قد استثنى العذر لان في ذلك ضرورة وهذا اذا كان
التوله الدواء دون الزينة وكان لبس المعصفر لحاجة فيعتبر القصد وان كان الثوب المعصفر
غسيلا لا ينفض جاز لها لبسه لانه لم يبق له رائحة وان لم يكن له ثوب غيره فلا باس بلبسه لانه عذر
وقد اجاز واثمه متشاط بالاسنان المتفرجة دون المضمومة ولو كانت معتادة للدهن فخافت
تركه وجعا وان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير عند الحاجة لا باس به
قال والمبتوتة تجب على المطلقة طلاقا بائنا الاحداد سواء كانت حرة او امة وقال الشافعي
رح الطهر فوليه لا يجب حيث وجب للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وههنا الزوج
قد اوحشها بالابانة فلا يجب اظهار التاسف ولنا ما روى انه عليه السلام نهى المعتدة عن ان تختضب
بالحناء وقال هو طيب ولانه لما حرم عليها النكاح في العدة تجتنب الزينة لان تتصف بصفة الملتمسات
للازواج لانها وجبت لاظهار التاسف على فوات نعمة النكاح الذي هو سبب مؤنتها وكفايتها من النفقة
والسكنى وغير ذلك من المصالح الدينية والدنياوية وذلك في المبتوتة ثم الابانة اقطع من الموت لان له
ان لها ان يغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها ولانه مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق
المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال ولا يجب على ذمية ولا
صغيرة لا احداد على الصغيرة ولا على الكافرة وقال الشافعي عليها الحداد لاطلاق ما روينا ولنا ان الحداد
حق الشرع وهما ليستا من اهل الخطاب قال ولا احداد على ام الولد لانها ما فاتت بها نعمة النكاح لتظهر
التاسف لفوته والاباحة هي الاصل قال ولا تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض لقوله تعالى ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى قوله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه
السلام السر النكاح وعن ابن عباس رضي الله عنه التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه
القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع قال ولا تخرج المطلقة الرجعية والمبتوتة اصلا
المطلقة طلاقا رجعيا والمطلقة بائنا لا تخرج واحدة منهما من عدتهما مطلقا ليلا ولا نهارا لقوله تعالى ولا تخرجوهن
من بيوتهن

الا ان يأتين بفاحشة مبينة هي نفس الخروج وقيل ان يزني فتخرج قال وتخرج المتوفى عنها زوجها نهارا وبعض
الليل وتبيت في منزلها والفرق بينها وبين المبتوتة والرجعية ان هذه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج
لطلب المعاش وقد يمتد الى الليل ولا كذلك المطلقة فان النفقة دارة عليها فلا ضرورة لها الى الخروج حتى لو
اختلعت على ان لا نفقة لها قيل تخرج نهارا للمعاش وقيل لا تخرج وهو الاصح لانها هي التي اختارت اسقاط
نفقتها او لانها في ابطال حق راجع عليها كالمختلعة على ان لا سكنى لها لا يجوز لها الخروج والامة تخرج في حالة
الابانة والوفاة في الوقتين جميعا لما في المنع من ابطال حق المولى فلم يجز لتقدم حق العقد ولذا كان المولى
بوّاها منزلا للزوج لم تخرج ما دام كذلك الا ان يخرجها المولى والكتابية والمكاتبة تخرجان الا اذا منعهما
الزوج تحصينا لمائه والمجنونة والمعتوهة كالذمية والصبية تخرج لانها لا يلزمها العبادات وفي العدة معنى
العبادة من حيث انه حق الشرع الا انها لا تسقط الزوج ولا يلزمها حق الزوج ايضا الا لتحفظ الولد ولا ولد
ولا تخرج في طلاق الرجعي الا باذن الزوج لبقاء الزوجية قال وتعتد في المنزل المضاف اليها بالسكنى حال وجوبها
يعني حال وجوب العدة وهو وقت الفرقة او الموت فانه وقت انعقاد سبب الوجوب لقوله تعالى ولا تخرجوهن
من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي سكنته ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها وجب عليها
ان تعود الى منزلها وتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله
ومن اضطرار قال وان اخرجها الورثة من نصيبهم وضاق عنها نصيبها انتقلت لان هذه الاشياء اعذار وفي الاعذار
معنى العبادة تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا ضاقت على متاعها او خافت سقوط المنزل او لم تستأجره
باجر لا تعتد وعن علي رضي الله عنه انه نقل ابنته ام كلثوم من دار عمر رضي الله عنه حين قتل لانها كانت في
دار الامارة قال ولو ابانها والمنزل واحد جعل بينهما سترة وكذلك الورثة في الوفاة فان لم يجعلوا
انتقلت تحرزا عن الفتنة وان لم يجعل الزوج فلا باس به لاعترافه بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه
فتخرج لان ذلك عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو وسترها وان كان بينهما امرأة ثقة يمكنها الحيلولة
بينهما فحسن وان كان الزوج غائبا فطلقها فطلب اهل المنزل الاجرة اعطاهم باذن القاضي ويصير دينا
على الزوج قال ولو سافرت المعتدة الى مصر او ابانها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها مسيرة سفر فعليها
ان تعتد في المصر ولا تخرج بمحرم حتى تفرغ واجازاه قبله ههنا مسايل الاولى اذا سافر الرجل بامرأته ثم ابانها
في الطريق او مات عنها في مصر او في مفازة وليس بينها وبين مقصدها ولا بينها وبين مصرها مسيرة سفر
فلها الخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت الى مقصدها وسواء كان معها محرم او لم يكن لانه ليس
بانشاء السفر فلا تحرم الخروج الى ايتهما شاءت دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة لكن الرجوع الى مصرها اولى

ان تعتد في بيت الزوج الثانية اذا سافر بها فمات فكان بينها وبين احدهما مسيرة سفر دون الآخر
فانها تختار ما ليس بسفر الثالثة ان يكون بينها وبين كل واحد منهما مسيرة سفر فلها الخيار واذا كانت
في غير مصر سواء كان معها محرم او لم يكن لانها غير آمنة فيخاف عليها الرابعة وهي مسألة الكتاب ان يكون
الابانة او الموت في مصر والسفر بينها وبين كل مصرها ومقصدها مسيرة سفر فعند ابي حنيفة رحمه الله
تعتد في ذلك المصر ولا تخرج في العدة بمحرم ولا بغير محرم حتى تفرغ من العدة فتخرج حينئذ بمحرم وقالا يجوز لها ان تخرج
منه في العدة وبعدها بمحرم ان حرمة الخروج معلل بالسفر لا بنفس الخروج فان الخروج الى ما دون السفر مباح
بالاجماع وحرمة السفر قد ارتفعت بالمحرم وله ان نفس الخروج حرام للمعتدة بالنص الا انا جعلنا الخروج
الى ما دون السفر خروجا دفعا لاذى الغربة وخوفا عليها من الفتنة في الغربة فلم يظهر الحرمة فيه وفي مسافة السفر
لا يمكن اعتبار ذلك لان الشرع اعتبره خروجا حيث علق به احكاما فظهرت الحرمة فيه

فصل

في ثبوت النسب قال واقل مدة الحمل ستة اشهر واكثره سنتان اما اقل مدة الحمل ستة اشهر
فلقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين
والفاصل ستة اشهر واما الاكثر سنتان فلقول عائشة رضي الله عنها لا يبقى الولد في بطن امه اكثر من سنتين
ولو بظل مغزل وذلك مما لا يعرف بالرأي والقياس فكان كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم
والشافعي يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما بيناه والظاهر اتفاقا لانه سماعا اذا اخطا فلا يعتد
اليه قال واذا اقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه والا لم يثبت اما الاول
فلانها اذا اتت به لاقل من ستة اشهر من حين الاقرار علمنا انا تيقنا بكذبها في اقرارها فصار كانها لم تقر
واما الثاني فلانه لم يظهر كذبها بيقين فجاز ان يكون من حمل حادث بعده فلا يثبت نسبه وهذا اللفظ
باطلاقه يتناول كل معتدة قال واذا اتت به الرجعية لسنتين او اكثر ثبت ما لم تقر بانقضائها
وكان مراجعا وان لاقل ثبت وبانت اما الاول فهو ما اذا لم تقر المطلقة الرجعية بانقضاء عدتها ثم اتت
بولد لسنتين او اكثر ثبت نسبه لاحتمال الوطء والعلوق في العدة لجواز كونها ممتدة الطهر فيجعل مراجعا
لان الظاهر ان العلوق وقع بعد الطلاق حملا لحالها على الاحسن وهو نفي الزنا عنها والوطء
في العدة من طلاق رجعي رجعة واما الثاني وهو ما اذا اتت به لاقل من سنتين ثبت نسبه لوجود
العلوق في النكاح او في العدة وبانت من زوجها بانقضاء عدتها بوضع الحمل ولا يجعل مراجعا لان العلوق
يحتمل ان يكون قبل الطلاق وبعده فلا يصير مراجعا بالشك قال والمبتوتة بولد لاقل من سنتين ثبت نسبه
لاحتمال قيام الحمل وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا لما فيه من احياء الولد

وان جاءت به لتمام سنتين من حين الفرقة لم يثبت نسبه لحدوث الحمل بعد الطلاق يقينا فلا يكون منه ووطئ المبتوتة
في عدتها حرام الا ان يدعيه لان ثبوت نسبه وهو الوطى في العدة بشبهة وقد التزمه بدعواه فيثبت
قال وان كانت هذه صغيرة فجاءت به بينه الى السنتين او رجعية فالى سبعة وعشرين شهرا وانقضاه
اذا اتت به لاقل من تسعة اشهر او متوفى عنها زوجها فالى سنتين وانقضاه ان اتت به لاقل من تسعة اشهر وعشرة
ايام المبتوتة اذا كانت صغيرة يجامع مثلها فعلها اذا جاءت به لم يثبت نسبه ان جاءت به لاقل من تسعة اشهر من حين
طلقها عند ابي حنيفة ومحمد وكذلك اذا كانت مطلقة طلاقا رجعيا وان كانت متوفى عنها زوجها فان جاءت بالولد
يثبت لما اذا جاءت به لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام عندهما فان اتت به لاكثر من ذلك في الفصول الثلثة لا يثبت
النسب وقال ابو يوسف في المبتوتة عنها زوجها يثبت ان جاءت به الى سنتين كما في البالغة وفي المطلقة طلاقا رجعيا
يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لاحتمال ان الزوج وطئها في آخر ايام العدة اذ الكبيرة في الرجعي لا تحرم الوطي فيكون
مراجعا وتعلق هي بالولد فيثبت نسبه الى سنتين من وقت العلوق ولنا انها صغيرة ولانقضاء عدة الصغيرة جهة
معينة في الشرع وهو الاشهر فبمضيها سكوتها كالاقرار بانقضاء عدتها مثله الاعتراف به ولو اعترفت وهي مبتوتة ورجعية
بعد مضي ثلثة اشهر لا يثبت نسب ولدها الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين اعترفت فكذا هذا
وكذا لو اعترفت وهي متوفى عنها زوجها بعد اربعة اشهر وعشر بانقضاء عدتها لا يثبت الا اذا اتت به لاقل
من ستة اشهر من حين الاعتراف وكذا هذا لان لانقضاء العدة المعينة شرعا كانقضاء عدة الصغيرة في الدلالة
على انقضائها فوق اعتراف البالغة لانه يحتمل الخلف والاعتراف يحتمله وكان السكوت منها كاعتراف البالغة بل اولى
ومسئلة المتوفى عنها زوجها اذا كانت قد اوردها صاحب المنظومة في باب محمد فمن الكتب المعتمد عليها كشرح
الجامع الصغير للشهيد والايضاح وشروح الطحاوي وجامع قاضيخان وغيرها على ما اوردناه بمعناه المختصر وهو الاصح
لان الصغيرة اذا كانت كالبالغة المعترفة بانقضاء العدة عند محمد كما قال ابو حنيفة في الفصل الاول والثاني
ان يكون عنده في الفصل الثالث كذلك لعدم الفرق وكذا عند ابي يوسف لما لم يكن الصغيرة المراهقة كالبالغة
المعترفة بانقضاء عدتها في الفصل الاول والثاني وجب ان لا يكون في الفصل الثالث لعدم الفرق وكذلك عند
ابي يوسف لما لم يكن الصغيرة المراهقة كالبالغة المعترفة بانقضاء عدتها في الفصل الاول والثاني وجب ان لا يكون
في الفصل الثالث عنده ايضا لعدم الفرق قال واذا لم تقر معتدة الوفاة بانقضائها اتت به لتمام عشرة
اشهر وعشرة ايام انتقاه اذا ولدت المراة بعد وفاة زوجها ولدا لاقل من سنتين ولم تقر بمجيء ولا بانقضاء
عدتها يثبت نسبه من الزوج وقال زفر ان اتت به لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام من حين مات يثبت وان
اتت به لتمام هذه المدة لم يثبت نسبه لان الحبل لما لم يكن ظاهرا حكمنا بانقضاء عدتها باربعة اشهر وعشرة ايام

بالنسب

بالنصب وذكر الحكم من اقدار وان كانت قد اقرت بانقضائها ثم اتت بولد لتمام ستة اشهر من وقت الاقرار
لم يثبت نسبه ولهذا وكذا ان انقضاء عدتها بالشهور مشروط بعدم الحمل ولا يوقف عليه الا من جهتها
فاذا لم تقر بانقضائها بعد تمام انقضائها ولما اتت بالولد يمكن ان يكون العلوق قبل الموت ثبت
نسبه حملا لحالها على الاحسن كما لو اقرت ان بها حبلا قال واذا اتت به معتدة الوفاة فشهدت بشهادة
رجلين او رجل وامراتين الا ان يكون حبل ظاهر او اعتراف والشهادة بواحدة اذا ولدت المعتدة ولدا ثبت نسبه
عند ابي حنيفة الا ان يشهد بالولادة رجلان او رجل وامراتان الا ان يكون الحبل ظاهرا او الزوج معترفا به من قبل
فيثبت من دون حاجة الى الشهادة وقالا يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة لان الفراش قائم باعتبار
قيام العدة والفراش ملزوم للنسب والحاجة ههنا الى تعيين الولد وهو يتعين بشهادة امراة واحدة كما في
حال قيام النكاح وله انها لما اقرت بالوضع فقد انقضت عدتها والمنقضي ليس بحجة ملزمة فمست الحاجة
الى اثبات النسب ابتداء فلابد من كمال الحجة بخلاف ما اذا ظهر الحبل او اعترف به لثبوت النسب قبل الولادة
والتعيين يثبت بشهادتها قال والطلاق المعلق بالولادة لا يقع بشهادة واحدة بها فان اقر بالحبل وهي طالق
من غير شهادة هاتان مسئلتان الاولى من الزوايا اذا قال الرجل لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت
امراة واحدة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة
النساء جائزة مسموعة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها
وهو الطلاق وله انه يدعي الحنث فلابد من كمال الحجة وهذا لان شهادة النساء ضرورية في الولادة وما يثبت بالضرورة
لا يتعدى موضع الضرورة فلا يظهر في حق الطلاق لانفكاكه عنها ولا نسلم انه من لوازمها باعتبار الحال فاعتبارا
جانب الذات باعتبار جانب اولى من العكس الثانية اذا كان الرجل قد اقر بالحبل في هذه المسئلة فانها
تطلق من غير شهادة عند ابي حنيفة وقالا لابد من شهادة القابلة لانها مدعية الحنث فلابد من الشهادة على الولادة
المستتبعة للطلاق وله ان اعترافه بالحبل اقرار بما يؤول اليه وهو الولادة لاعترافه بانها تضع فتقبل قولها في ذلك
قال فان تزوجها فجاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت او لستة اشهر يثبت ان اعترف وان سكت بواحدة
اذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق
على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش
قائم والمدة تامة فان جحد الولادة ثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بها حتى لو نفاه الزوج لاعن به لان النسب
انما ثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورة القذف وجود الولد لصحته بدونه فالقذف
ان اللعان يجب بنفي الولد ونفي الولد موجب اللعان بعد ثبوت النسب وتبعه بناء على شهادة القابلة

وكان اللعان مستنداً الى شهادة تنادي في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ولانا نقول ان النسب يثبت
بالفراش القائم لا بشهادة القابلة وشهادتها لتعيين الولد لا في اثبات النسب فلم يكن اللعان
مرتباً على شهادة القابلة **فصل في النفقة** قال وتجب للزوجة النفقة والكسوة والسكنى بتسليم نفسها
في منزله فوجبها على قدر حاله وقيل حالهما ويفتى به الاصل في وجوبها قوله تع اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
ثم قال لينفق ذو سعة من سعته وقراءة ابن مسعود رضي الله عنه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن
من وجدكم وقراءته كروايته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام
لامراة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف والامر بالاخذ يستلزم الوجوب
والسبب في الوجوب هو احتباسها عند الزوج اذا كانت تمكنه الاستمتاع بها وطيها او دواعيه او تحصين
مائه بعد زوال النكاح والنفقة جزاء الاحتباس لان كل محبوس لحق مقصود بغيره فنفقته عليه اصله القاضي
والعاملين في الصدقات بهذا الدليل لا فضل فيها بين المسلمة والكافرة ثم هي واجبة على قدر حال
الزوج في اختيار ابي الحسن الكرخي لقوله تع لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله
لا يكلف الله نفساً الا ما آتاها وفي اختيار الخصاف وهو المذكور في القدوري وذكر في الهداية انه يعتبر حالهما
جميعاً فان كانا موسرين كان لها نفقة الموسر او معسرين فنفقة المعسر ولو كانت معسرة او هو موسر
فلها فوق نفقة المعسرات وان كان بالعكس فدون نفقة الموسرات وان كان احدهما مفرطاً في اليسار والآخر
في الاعسار يقضي عليه بنفقة الوسط والتنبيه على الفتوى من الزوائد والحجة قوله عليه السلام خذي من مال ابي
سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقوله تع لينفق ذو سعة من سعته اعتبار بحاله وقوله عليه السلام
ما يكفيك اعتبار بحالها والفقه فيه ان النفقة وجبت بقدر الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات
ولا معنى لايجاب الزيادة والحكم انما يثبت بقدر دليله ونحن نوجب النفقة فانه يخاطب بقدر وسعه
والباقي دين في ذمته قال وتقدير الكفاية هي الواجبة بالنص وقوله عليه السلام خذي من مال ابي سفيان
ما يكفيك وولدك بالمعروف فان المعروف هو الوسط المستفاد من قوله تع والذين اذا انفقوا لم يسرفوا
ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً فعلى هذا لم تدع الضرورة الى تقدير شيء معين كما ذهب اليه الشافعي
انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى الوسط مد ونصف مد والمد ربع الصاع وذلك لان ما وجب
كفاية لا يتقدر شرعاً في نفسه بل يختلف ذلك باختلاف الاوقات والطباع والرخص والغلاء والنظر في ذلك
مفوض الى رأي الامام والوسط خبز البر والادام بقدر كفايتها ويفرض عليه كل شهر ويسلم اليها لتعذر
القضاء كل يوم كما يتعذر بجميع المدة والشهر وسط وهو اقرب الآجال ويفرض لها كسوة كل ستة اشهر مرة

الجدد

لتجدد الحاجة اليها في كل مدة وكل زوج والمتزوج ان ينفق عليها بنفسه الا اذا ظهر عند القاضي انه لا ينفق عليها
فيفرض عليه ان كان ظهر كما بينا وتقدير النفقة بقدر الغلاء والرخص في البلد باعتبار الدوام والوقت ولو
صالحته من نفقتها على ما يكفيك وطلبت التكميل كمل القاضي وان كان الرجل صاحب مائدة ولا يفرض
ويفرض الكسوة وكسوة الصيف قميص ومقنعة وملحفة وفي الشتاء هو وجبة وسراويل وعلى
الموسر درع سابوري وخمار ابريسم وملحفة كتان ويزاد في الشتاء الجبة ولحاف وفراش ان طلبته لان
النوم على الارض قد يؤذيها وما تفرش به دفعاً للحر والبرد ويختلف ذلك باختلاف الاحوال والبلدان
واليسار والاعسار قال ويقبل قوله في الاعسار عنهما ويسمع بينتها لان القول قول المنكر وهي مدعية البينة
على المدعي وهذا من الزوائد قال ويجب نفقة خادمين على الموسر واكتفيا بواحدة قال ابو يوسف
تجب نفقة خادمين على الموسر لقيام احدهما لمصالح داخل البيت وقيام الآخر لمصالح خارج المنزل وقالا
لا يفرض اكثر من خادم واحد لاندفاع الضرورة بواحد حتى لو تولى بنفسه كفايتها لم يلزمه نفقة خادم
وقيل ان بنات الاشراف لها نفقة الخادمين وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان المعسر لا تجب عليه
نفقة الخادم اصلاً فان لم يكن لها خادم لا يفرض لها نفقة خادم وكذا ان كانت فقيرة وخدمت نفسها
فروع وكسوة الخادم قميص كرباس وازار في الصيف وفي الشتاء قميص وازار وجبة وكساء خلقان
واذا امتنع الخادم عن الخدمة سقطت نفقته لان الانفاق مقابل لها بخلاف الزوجة لانه مقابل بالاحتباس
لا غير ولا تجبر المرأة على الطبخ والخبز ان امتنعت لان الواجب هو الطعام قالوا هذا اذا كانت شريفة
وان كانت تقدر وتخدم نفسها اجبرت عليها لانها متعينة قال وان نشزت فلا نفقة حتى تعود لان النفقة
جزاء الاحتباس وقد فوتته فاذا عادت عاد الاحتباس فوجبت النفقة وهذا بخلاف ما اذا امتنعت
من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم وهو قادر على الوطء كرهاً قال ولا نفقة للصغيرة اذا تزوج
الكبير بصغيرة لا يستمتع بمثلها ولا نفقة لها وان كانت في منزله كان امتناع الاستمتاع لمعنى قائم بها
والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يتوسل الى مقصود مستحق بالنكاح وهو فائت بخلاف المريضة على ما يأتي
وعن الشافعي وجوبها بناء على اصله من انها عوض عن الملك عنده كما في ملك اليمين ولنا ان المهر هو العوض
عن الملك فلو جعلت النفقة عوضاً لاجتمع العوضان على عوض واحد قال وتجب للكبيرة في مال الصغير
لان التسليم قد تحقق منها والعجز لكماله والعجز لمعنى قائم بالزوج فصار كالمجبوب والعنين قال ولا نفقة
المتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الشرع لا لحق الزوج لان التربص عبادة الا ترى ان معنى التعرف
براءة الرحم غير مراعى حتى لا يشترط فيها الحيض فلا يجب نفقتها عليها ولان ملكه انتقل عنها فيجب شيئاً فشيئاً

فتستلزم قيام الملك فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة قال ونوجبها للمبانة في العدة كالرجعية اذا طلق الرجل
امراته طلاقا باينا او رجعيا فلها النفقة والسكنى في عدتها وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا
اما الرجعية فيجب النفقة في عدتها اجماعا لان النكاح قايم خصوصا على مذهبنا وان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطي
وله في البائن ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله
عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولان النفقة مرتبة على الملك وقد انقطع بالمبتوتة الا ترى انه لا يجب للمتوفى عنها
زوجها لعدم الملك وانقطاعه بالموت واما اذا كانت حاملا فخالفنا هذا الاصل بالنص وهو قوله تعالى وان كن
اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس وهو موجود في حق حكم مقصود
بالنكاح وهو الولد ووجوبها بالصيانة ولهذا يجب لها السكنى اجماعا واعتبارا بالحامل وما رواه رده
عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبي الله بقول امراة لا ندري اصدقت ام كذبت
حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت
في العدة ورده زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعايشة رضي الله عنهم قال واذا تزوج العبد حرة
باذن مولاه فنفقتها دين عليه يتعلق برقبته فيباع فيها لانها دين وجب في ذمته لوجود سببه وظهور
ذلك في حق المولى بسبب اذنه فيتعلق برقبته كدين التجارة في الماذون له وللمولى ان يفديه لتعلق حق
المراة بالنفقة لا بعين العبد فلو مات العبد او قتل سقطت لكونها صلة قال او حرة امة فان بوأها
مولاها منزله وهو صنيع الاول واذا تزوج الحر امة غيره فان بوأها مولاها منزل الزوج فعليه نفقتها
لتحقق الاحتباس وان لم يبوئها معه منزلا فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والحكم ينتفي بانتفاء سببه والتبوئة
ان تخلي بينها وبينه في منزله ولا تستخدمها فان استخدمها بعد التبوئة سقطت لفوات الاحتباس
ولا يقال ان المولى ازال ذلك بحق له فلا تجعل كالحرة تحبس نفسها لصداقها لانا نقول الحرة اذا حبست
نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حتى امتنع من ايفاء ما لزمه لتنتقل الى بيته وهاهنا
فالتفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة المولى فافترقا قال فلو بوأها بعد الطلاق منعنا الوجوب
المولى اذا بوأها الامة منزل الزوج لقضاء العدة فان لم يكن بوأها من قبل فلا نفقة لها وقال زفر تجب
النفقة في العدة لانها محتبسة بحقه فيجب كما لو بوأها من قبل ثم طلقها مطلقها الزوج ولنا انها لم تكن
مستحقة للنفقة من قبل وحالة الطلاق فلا تصير مستحقة بعده لعدم انتفاع الزوج بهذا الاحتباس كالناشزة
اذا تركت النشوز بعد الطلاق ولم تزل ناشزة من قبل بخلاف ما استشهد به لان استحقاق النفقة
كان باقيا لها وانما سقط بعارض فيثبت استحقاقها بعد الطلاق لقيام الموجب كما لو نشزت بالخروج من بيته

وطلقها

وطلقها ثم عادت الى منزله لقضاء العدة قال وسقط لكل فرقة جاءت منها معصية كالردة ولو بعد الطلاق
وتقبيل ابن الزوج في الملك لانها صارت حابسة نفسها منه بغير حق فاستوجبت الناشزة بخلاف
المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما لو جاءت الفرقة بغير معصية كخيار
العتق والبلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حابسة بنفسها بحق فلا يسقط النفقة كما لو حبست
نفسها لاستيفاء المهر وقوله ولو بعد الطلاق اشارة الى انه لو طلقها ثم ارتدت فانه يسقط مهرها ولو قبلت
ابن زوجها بعد الطلاق الثلث لا يسقط مهرها والفرق ان الطلاق الثلث قاطع للنكاح ولا اثر
للردة ولا التمكين في ذلك الا ان المرتدة تحبس للتوبة فيسقط نفقتها لانها محبوسة لحق الشرع ولا كذلك
الممكنة لانها محبوسة في عدتها لقضاء حقه فيجب النفقة وفي تقييده في الملك فايدة اخرى وهو تعرف الحكم في
الطلاق الرجعي فانها لو ارتدت وهي مطلقة طلاقا رجعيا سقطت نفقتها لان الملك قايم والفرقة
جاءت بمعصية من قبلها بالتمكين فسقط بهذا القيد زايد قال وحبسها في دين اذا حبست المراة
في دين فلا نفقة لها لان تفويت الاحتباس الموجب للنفقة بامر صادر منها وهو المماطلة في ايفاء ما عليها
من الدين ولو كانت عاجزة فلم يكن الاحتباس منها لكنه ليس منه ايضا فيجعل الاحتباس باقيا تقديرا
قال وبأخذ غاصب كرها اذا غصبها غاصب فذهب بها كرها سقطت نفقتها وعن ابي يوسف انها لا تسقط
والفتوى على السقوط لان فوت الاحتباس وان لم يكن منها لكنه ليس مضافا اليه فلم يجعل باقيا حكما
قال وحجها بمحرم لا زوج سقط وتخالفه اذا حجت مع محرم ولم يكن معها زوجها فلا نفقة لها وقال ابو يوسف
لها نفقة الحضر دون السفر لانها مشغولة باداء الفرض فلا تكون ناشزة لان اقامة الفرض عذر وقيد
في المنظومة بكونها مدخولا بها وطرحت هذا القيد في المختصر اعتمادا على ما ذكره صاحب الهداية فانه نقل
عن ابي يوسف وجوب النفقة من غير تقييد بالدخول وهو لا شبهة لانها كما لا تكون ناشزة باداء به قبل الدخول
فلم يكن لقيد الدخول اثر في ايجاب النفقة ولابي حنيفة رضي الله عنه انها فوتت الاحتباس عليه لمعنى
راجع اليها فسقط نفقتها ولو حجت مع زوجها لم يسقط نفقتها بالاجماع لبقاء الاحتباس الموجب لنفقة الحضر
والواجب الكرا لانها هي المستحقة عليها دونه والتنبيه على الحكم في الزوج من الزوايد قال ولو مرضت في منزله لم تسقط
والقياس يقتضي ان لا يكون لها نفقة اذا كان المرض مانعا من الجماع لفوات الاحتباس لوجوب الاستمتاع
وجه الاستحسان ان الاحتباس المفضي الى بعض المقاصد من الاستيناس بها وحفظ المنزل وغيره قائم والمانع
من الاستمتاع عارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف رحمه الله ان المرض اذا منع تسليمها الى بيته سقط النفقة
وان كان المرض سابقا على التسليم فلا نفقة لها لان التسليم في الاول سابق فوجبت النفقة ولا تسقط بعارض
المرض

دون الثاني لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب دلالة عليه بقوله وان رضيت في منزله
ولما كان الاحتباس المفضي الى بعض المقاصد قاصرا اعتبرناه في ابقاء الاستحقاق بعد الثبوت
دون اثبات الاستحقاق على مثال استصحاب الحال قال واذا قضى نفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تم
او بالعكس فتقضي المحصل لان ذلك مما يختلف باختلاف الاحوال اليسار والاعسار وما كان قضى به
تقدير النفقة لم يكن واجب بعد فلم يستحكم القضاء فامكن التغيير وهذا لان النفقة تجب شيئا فشيئا
فيصح حاله في كل وقت فاذا تبدل حاله كان لها المطالبة بتمام حقها والمسئلة الثانية من الزوائد
قال ويسقط الماضي الا ان يفرض او صالح اذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها فليس عليه شيء الا ان يكون
القاضي فرض لها النفقة او صالحها على مقدار معلوم فيلزم القاضي بما اصطلحا عليه وقال الشافعي يلزمه
النفقة عما مضى من المدة مطلقا لان النفقة بمنزلة الاجر على احتباسه اياها حتى لم يجب للناشزة
ولا للامة التي لم يبوئها مولاها بيت الزوج فيصير كما لو كانت محتبسة عنده دينا في ذمته يجب
كالمهر ولنا ان النفقة صلة وليس بعوض فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء وهذا لان ما يجب
عوضا عن البضع يجب جملة لانما يقابله من ملك الزوج يحصل جملة وقد وجب المهر عوضا والعقد الواحد
لا يوجب عوضين عن شيء واحد ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع لانه تصرف في ملكه والتصرف في الملك لا يوجب
العوض فيثبت ان الوجوب مضاف الى الاحتباس صلة ورزقا عوضا عن الاستمتاع ولتصرف في
ملكه والتصرف في الملك لان الله تعالى سماه رزقا بقوله وعلى المولود له رزقهن والرزق اسم لما يذكر صلة
والصلات انما تملك بالتسليم حقيقة كالهبة لا توجب الملك الا بالقبض او بقضاء القاضي والصلح بمنزلة
من حيث ان ولاية الانسان على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض قال وبموت احدهما
بعد القضاء بمدة اذا قضى القاضي على الزوج بنفقة ثم مات ومضت شهور او ماتت هي او بعدما اصطلحا
على شيء بغير القضاء فلا يسقط كسائر الديون وهذا الخلاف فرع على العابقة والمسالة من الزوائد
ولنا انها وجبت صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض ولا يقال قد حصل
التاكيد بالقضاء فوجب ان لا يسقط بالموت كما لا يسقط بمضي المدة بعد القضاء لانا نقول اصل
التاكيد بالقضاء وتمامه بالقبض لانه هو المقصود فجعلنا بعد القضاء حالة الحياة عملا باصل التاكيد
بالسقوط بعد الموت لعدم تمام التاكيد بالقبض عملا بالدليلين قال ولو عجل نفقة سنة ثم مات
اجاز الاسترجاع بحسابه اذا عجل لها نفقة سنة ثم مات قال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى الى وقت الموت
والباقي يسترجعه الورثة منها وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة استعجال الفرض عما نفقه

بالا

بالاحتباس وقد بطل ذلك الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره وقال ابو حنيفة وابو يوسف
لا يسترجع منها لانها وجبت صلة بالموت اذ المقصود من الصلة التواصل حالة الحيوة وهو تنتهي
بالموت ويتم به فصار كالهبة بعد القبض ولهذا فان النفقة لو هلكت من دون الاستهلاك
لا يسترجع منها شيء بالاجماع وتقديره ان العوض اذا صار مستحق الرد لا يتفاوت الحال بين الهلاك
والاستهلاك الا ترى ان المبيع اذا هلك في يد المشتري او استهلكه ثم ظهر له مستحق فانه يجب عليه
رد القيمة وفي مسئلتنا لا يجب الرد في الهلاك فعلم انه صلة لا عوض قال واذا اتت المبانة
بولد لاكثر من سنتين ولم تقر بانقضاء عدتها وقد استوفت النفقة بقي لعدم الرد عن ستة اشهر
اذا ولدت المبتوتة بولد لاكثر من سنتين ولم يكن اقرت بانقضاء العدة واستوفت النفقة عن العدة
في هذه المدة فانها يرد عليه النفقة لستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرد عليه شيئا لانها
في الظاهر معتدة واذا لم يقر بانقضائها وتحتمل انها حبلت من الزنا لا يبطل نفقتها فلا يرد ستة
اشهر ويحتمل انها تزوجت بزوج آخر فنزل ذلك منزلة اعترافها بالانقضاء قبيل التزوج وترد نفقة
ستة اشهر فوقع الشك في وجوب الرد فلا يرد بالشك ولهما ان الظاهر عدم الزنا حملا لحالها
على الاحسن فيكون الحمل حادثا على تزوج واقل مدة يمكن حصول الولد فيها ستة اشهر فيكون الاعتراف
بانقضاء العدة ثابتا قبيل التزوج ظاهرا فوجب انقضاء به واما الحمل من الزنا فهو موهوم لانه مرجوح
فلا يعارض الظاهر قال ولا يفرق بالاعسار بل تؤمر بالاستدانة ليحيل عليه اذا عسر بنفقة
امراته لفقره او لحسنه فانه لا يفرق بينهما وقال الشافعي لها طلب الفرقة بذلك لانه عجز عن
امساكها بالمعروف فينوب القاضي عنه في التسريح بالاحسان كما في المجبوب مع ان الحاجة بينهما
الى النفقة اقوى ولنا ان التفريق يبطل حقه وابقاء النكاح يؤخر حقها الى زمان اليسار
والتاخير اهون من الابطال وهذا لان القاضي لما فرض النفقة صارت دينا عليه فيتحول
في ثاني الزمان بخلاف المجبوب والعنين لان المقصود الاصلي من النكاح هو التوالد والمال ليس بمقصود
اصلي وانما هو تابع فلا يلحق به فقوله تعسرت وفائدة الامر بالاستدانة تمكنها من الاحالة به على الزوج
والرجوع به في التركة لو مات ولو استدانت من غير امر القاضي لا يكون لها ذلك ولا يمكنها الاحالة عليه
ولا الرجوع به في تركته لعدم ولايتها عليه ومعنى الاستدانة ان تشتري بالدين قال واذا كان الغائب
مال مودع او مضاربة وعلم القاضي به وبالنكاح او اعترف بهما من معه يفرض فيه نفقة زوجته
وولده الصغير ووالديه لو كان من جنس حقهم ويحلفها ويأخذ منها كفيلا بها اذا غاب الرجل وله

مال حاضر في منزله او في يد رجل على وجه الوديعة او المضاربة او الدين وهو يعترف بالمال وبالزوجية
فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من رضاه واقرار صاحب اليد مقبول
في حق نفسه خصوصا هنا فان ذا اليد لو انكر الزوجية فاقامت البينة على ذلك لم تقبل لان المودع
لا يكون خصما لاثبات الزوجية وكذا المراة لا يكون خصما في اثبات حقوق الغايب فاذا ثبت في حق
نفسه وقضى القاضي عليه باعترافه يتعدى القضاء عليه اولا ثم يسرى الى الغايب وعلم القاضي حجة يجوز له
القضاء في محل ولايته على ما عرف وانما يعين هولاء لان نفقتهم وجبت قبل القضاء ولهذا كان لهم الاخذ فكان
القضاء اعانة لهم ونفقة غيرهم من المحارم لا تجب الا بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغايب لا يجوز
وهذا اذا كان المال من جنس حقهم دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف
الجنس لا يفرض فيه النفقة لعدم امكان صرفه بحقه الا بواسطة البيع ولا يباع مال الغايب بالاتفاق اما
عند ابي حنيفة لا يباع على الحاضر بل يحبس على بيع هو ماله ويقضي دينه لانه لا يرى الحجر فالغايب بالطريق
الاولى واما عندهما وان كان القاضي يقضي على الحاضر لانهما يريان الحجر والبيع عليه بغير اختياره لانه عرف
امتناعه عن البيع حال الحضور فلا يقضي على الغايب لانه لا يعرف امتناعه لجهلها بانه انما اخذت
النفقة وياخذ منها كفيلا نظرا للغايب واحتياطا له لاحتمال حضوره واقامة البينة على الطلاق وقد
انقضت عدتها او على انها استعجلت النفقة والفرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثته حضور بالبينة
ولم يقولوا لا نعلم وارثا آخر حيث لا يوخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة ان المكفول له هناك مجهول وههنا معلوم
وهو الزوج والبينة على المضاربة والدين وعلم القاضي والتحليف وكونه من جنس حقهم من الزوايد
وان لم يكن له مال فاقامت البينة على الزوجية ليفرض لها رددناها وفي المختار(?) كذا ان لم يكن للغايب
مال فارادت زوجته اقامة البينة على الزوجية ليفرض لها القاضي النفقة ويامرها بالاستدانة
عليه ردت البينة لانها تستلزم الحكم على الغايب وانه لا يجوز وقال زفر تسمع ويؤمر بالاستدانة عليه
لان في ذلك نظرا لها ولا ضرر فيه على الغايب لانه اذا حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد حلف
وان نكل فقد صدق وان كانت اقامت فقد ثبت حقها فان عجزت ضمنت(?) هي او الكفيل قال صاحب الهداية
وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضى بالنفقة على الغايب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه مستقر(?) والمختار
اكثر المشايخ ذلك فيفتى به واختيار الفتوى من الزوايد قال ولو كفل عنه بالانفاق كل شهر يلزمه له
مادام النكاح والزمناه بشهر رجل تكفل عن الزوج بنفقة امراته كل شهر قال ابو يوسف يلزمه النفقة
مادام النكاح بينهما وقال ابو حنيفة ومحمد لا يوخذ الكفيل الا بنفقة شهر واحد لانه التزم الانفاق
كل

كل شهر فيوخذ بما التزم كما لو قال كفلت بنفقتك عنه ابدا ما لم اغب ولهما ان المكفول به مجهول
جهالة لا يمكن استدراكها لجهالة مدة بقاء النكاح بينهما فلا يجوز كما لو قال ما غصبك
احد من الناس فانا ضامن الا ما دون الشهر حكم الحال والشهر ادنى الآجال في المختار للفتوى حتى يصح
فيما دونه في الصحيح والظاهر استدامة النكاح شهرا فصحت الكفالة به حملا لكلامه عليه صونا له
عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه كفل بالمعلوم وهو النفقة المقدرة بشهرها فيصح كقوله ما غصبك
فلان فعلي قال وطلبها لغيبته كفيلا تعفو(?) ويامره لنفقة شهر فقيل هو المختار اذا قالت امراة
القاضي ان زوجي يريد ان يغيب فخذ لي كفيلا بنفقتي لا يجيبها القاضي الى ذلك لانها لم تجب
عليه بعد فكيف يطالب بالكفيل لما لم يجب عليه وقال ابو يوسف وهو استحسان ان يجيبها وياخذ
منه كفيلا بنفقة شهر لانه نوع احتياط وفيه مراعاة حقها فيفعله القاضي لانه نصب ناظرا
للمسلمين وقيل ان قوله هذا هو المختار للفتوى وذكر بعض المشايخ ان الاختيار ان يفتى في نفقة
شهر الآيم(?) لان ما دون الشهر ملحق بالنفقة الواجبة للحال لان المتفق عليه ان الشهر ادنى الآجال
في السلم وكذلك لم يصح بما دونه لكونه في معنى الحال فيكون مطالبتها بما دونه بيوم كالمطالبة بالنفقة
الحالية وهذا احسن والتنبيه على الفتوى من الزوايد قال ويسكنها في دار مفردة لا يشاركها
احد من اهله الا باختيارها اما وجوب السكنى فلانها من الحوايج الاصلية وهي من الكفاية كالنفقة
ورد به الامر فيجب ان يكون بين قوم صالحين يعفونها عن مصالح دنياها وليمنعوها من ظلمها لو قصدها
ولا يشاركها في المسكن احد من اهله لانه قد لا يامن منه على متاعها ولا يمكنه الاستمتاع بها فان
اختارت ذلك فقد رضيت باسقاط حقها وان كان في الدار بيوت واسكنها في حجرة او واحد
من اهله فجعل لها بيتا بمرافق وغلق على حدة فليس لها ان تطلب بيتا آخر فان لم يكن الا بيت واحد
فلها ذلك قال ويجوز منع اهلها من الدخول عليها لا من النظر والكلام وقيل لا منعها من الخروج الى
الوالدين ودخولهما اليها كل جمعة وغيرهما كل سنة اما منعهم من الدخول فلان المنزل ملكه فيمنع من
شاء من دخوله واما عدم النظر والكلام فلاشتمال المنع من ذلك على قطيعة الرحم فليس له في ذلك
ضرر وقيل لا يمنعها من نفسها القرار والدوام لخوف الفتنة من المبيت عندها وقيل لا يمنعها من
الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة والتقدير في غيرهما من المجالسة وهذا
التفصيل هو المختار من الزوايد قال ويجب على الاب وحده نفقة اولاده الصغار الفقراء مع مخالفة الدين
كالزوجة لاطلاق قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب لدلالة اللام على الاختصاص

فاذا كان مختصا نفقته عليه كالعبد المختص بسيده ويجب عليه وان خالفه ولده في دينه كما
تجب للزوجة وان خالفته في دينه اما الولد فلما تلونا ولانه جزؤه فينزل منزلة نفسه
واما الزوجية فلان السبب وجوب النفقة العقد الصحيح لانه بازاء الاحتباس الثابت بواسطة
وقد صح العقد بين المسلم والذمية ويترتب عليه الاحتباس وانما تجب النفقة على الاب حيث
تجب اذا كان الولد لا مال له فان كان له مال فالاصل ان تكون نفقة كل انسان في مال نفسه
صغيرا كان او كبيرا قال ولم يجبروا على الام ارضاعه فان لم تكن شريفة قال مالك يجبر الام
اذا كانت شريفة على الارضاع لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها اي لا تضار بامتناعها
من ارضاعه اضرارا به فوجب ان يجبروها للضرر عنه بخلاف الشريفة لان تضررها بارضاع
والجبر عليه فوق تضرره من دونها اما احتباسها منه مع وفور النفقة عليه باعثة لها على الارضاع
امارة على تضررها به فلا يجبر عليه لقوله تع ولا مولود له بولده اي بسبب ولده فلما امتنع ما فيه
تضرر الاب بسبب الولد مع مؤنته عليه كان اولى ان يمنع ما فيه ضرر الام لسببه ولان اجرة الرضاع
على الاب وهو من نفقته ونفقته على ابيه قال الا ان يتعين يريد ذلك ان الطفل لا ياخذ من
ثدي غيرها او انها لا ياخذ مرضعة غيرها فتجبر عليه حينئذ صيانة له عن الهلاك وهذا الاستثناء
من الزوايد قال ويستاجر من يرضعه عندها اما الاستيجار فلان الاجر عليه ومعنى قوله
عندها اي اذا ارادت ذلك لان الحضانة لها قال ولا تجبوا استيجار وهي زوجته او معتدة لارضاع
ولدها منها فاذا انقضت جاز اما الاول فلان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تع والوالدات
يرضعن اولادهن حولين كاملين الا انها اذا قدرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجرة
ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي
رواية واحدة لان النكاح قايم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان
النكاح قد زال وجه الاول ان النكاح باق في حق بعض الاحكام كالمنع عن الخروج من البيت وعليه
واما الثاني وهو ما اذا انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولده منها جاز لان النكاح قد
زال بالكلية وصارت كالاجنبية قال وتقدم على الاجنبية الا ان تطلب زيادة اجرة الام
اذا انقضت عدتها فرضيت بمثل اجرة الاجنبية فهي احق من الاجنبية لانها اشفق وهذا نظر
للصغير الا ان تطلب زيادة على الاجنبية لما فيه من ضرر الاب وقيل في قوله تعالى لا تضار والدة
بولدها وهو ان يرضى باجرة المثل فلا يدفع اليها ولا مولود له وهو ان يلح ان ياخذ اكثر من اجرة المثل

قال

قال ويجب على الولد وجوب لاصوله الفقراء مع مخالفة الدين النفقة واجبة على الاولاد
الذكور والاناث للاباء والاجداد اذا كانوا فقراء وان خالفوهم في دينهم اما الوالدان فلقوله
تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فانزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يتقلب
في نعم الله ويتركهما يموتان جوعا ولقوله عليه السلام انت ومالك لابيك وقوله عليه السلام ان
اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب اولادكم فاذا اضيف مال الولد
الى الاب بانه كسبه كان للاب عيانة فيجب نفقته فيه فيجب على الذكور والاناث على السواء في رواية
وهو المختار لاستوائهما في العلة والخطاب وقيل على قدر الارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل
ذلك وانما شرط فقرهم لان ايجاب نفقة الغني في ماله اولى واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء
والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم اسباب وجوده وجودة فاستوجبوا عليه
الاحياء بمنزلة الابوين ولا تجب النفقة مع مخالفة الدين الا للزوجة وللابوين وللاجداد والجدات
والولد وولد الولد اما الزوجة فلما تقدم انها محبوسة بحكم العقد الجاري بين المسلم والذمية
واما غيرها فلثبوت الجزئية وجزء المرء في معنى نفسه الا انهم لا تواصر بينهم لا تجب نفقتهم على
المسلم ولذلك لا تواصر ثمة لانا نهينا عن البر في حق ما يقاتلونا في الدين لقوله تعالى انما ينهاكم الله
عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بخلاف غيرهم من ذوي الارحام لان الارث ينقطع فيما بينهم واعتباره
واجب بالنص في قوله وحده ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان الاب في مال الولد تاويلا لقوله
عليه السلام انت ومالك لابيك او اشارة قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن لان اللام دليل الاختصاص
الولد به والمال مختص بالولد والمختص بالمختص مختص ولانا ويد للوالدين في عين مال الولد وانه اقرب
الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه قال وللاب بيع عروضه وهو غايب فيها وهو من
عقاره اذا باع ابوه متاعه في نفقته فهو جائز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز له كما لا يجوز بيع عقاره وقولهما
هو القياس لان ولايته عنه لانه منقطع بالبلوغ وهذا لا يملك بيع متاعه حال حضرته ولا في دين اخرى
سوى النفقة وكذا ولا يملك الام في النفقة ولابي حنيفة ان الاب يملك حفظ مال ولده الغايب
الا ترى ان الوصي يملكه فالاولى لوفور شفقته وبيع العروض حفظ لها ولا كذلك العقار لانها
محصنة بنفسها فلم يكن بيعها حفظا لها وبخلاف غير الاب من الاقارب لعدم ولاية التصرف لهم
حالة الصغر اصلا وعدم ولاية الحفظ حالة الكبر فاذا جاز بيع الاب كان الثمن جنس حقه وهو النفقة
فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير فانه يجوز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ

نفقته لانه من جنس حقه قال فان كان ماله في يد ابويه لم يضمنا بانفاق او في يد اجنبي فانفق
عليهما بغير اذن الحاكم ضمن لانهما قد استوفيا ما هو حقهما فان نفقتهما واجبة قبل القضاء كما قدمنا وقد اخذ
جنس حقهما فلم يضمنا واذا كان للاب الغايب مال في يد اجنبي فانفق عليهما منه بغير اذن الحاكم ضمن
المال لانه تصرف في مال الغايب بغير امره فانه ليس له ولاية ولا نيابة لان نيابته مختصة بالحفظ
بخلاف ما اذا كان الانفاق بامر القاضي لان امره ملزم باعتبار عموم ولايته واذا حكم بضمانه
فلا رجوع له على القابض لان المودع ملكه بالضمان لما لم يجز له الدفع فاذا دفعه ضمن فاذا ضمن صار مالكا
له وقد تبرع به ولا رجوع للمتبرع قال واذا مضت مدة بعد القضاء لهم ولذوي الارحام بها سقطت
لان نفقة هولاء وجبت كفاية للحاجة لا غنى لا تجب مع اليسار وقد حصلت الكفاية بمضي المدة
بخلاف نفقة الزوجة بعد القضاء لوجوبها مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى
قال الا ان ياذن لهم بالاستدانة لان القاضي له الولاية العامة فيصير اذنه بمنزلة امر الغايب
فيصير دينا في ذمته فلم تسقط بمضي المدة قال ونفقتها لكل ذي رحم محرم مسلم فقير مع صغر او انوثة
او زمانة او عمى على قدر الميراث النفقة واجبة على قدر الميراث لكل ذي رحم محرم سوى الوالدين
والولد كالاخوة وبني الاخوة والاعمام والعمات والاخوال والخالات اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة
بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا او زمنا او اعمى فقيرا وقال الشافعي لا تجب النفقة الا للقرابة الولادية لانه
لا بعضية بين هولاء فلا تجب نفقة بعضهم على بعض كنفقة بني الاعمام ولنا قوله تع وعلى الوارث
مثل ذلك وقراها ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولان الصلة في القرابة القريبة
واجبة دون البعيدة والقريب بالمحرمية فان المحرمية بسبب القرابة اشارة ظاهرة على انها موجبة
الصلة اذ المحرمية شرعت صيانة للقرابة عن القطيعة ثم لا بد من الحاجة في الفقر ووصف الصغر والانوثة
والزمن والاعمى اشارة لتحقيق العجز مع الفقر فان القادر على الاكتساب غني بكسبه وكذلك اذا كان عاجزا
عن الكسب بكونه من طلبة العلم او من ارباب البيوت فان العجز عن الكسب شامل لهولاء معنى فشرط
وجوب النفقة على الكبير العاجز اما حقيقة واما معنى بخلاف الابوين لانهما يلحقهما تعب الكسب
والولد مامور بدفع الضرر عنهما على الاكتساب وانما تجب هذه النفقة على قدر الميراث لان التنصيص
على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم الميراث فكان بمنزلته فيجب على ذلك
ايضا لا التحاق الى مستحقه والمعتبر اهليه الارث دون احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم
يكون نفقته على خاله لانه ذو الرحم المحرم والميراث للابن العم وانما قيد بالاسلام لان نفقة هولاء لا تجب

مع

مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتبارها قال وينفق الاب على ابنه الزمن وابنته
البالغة اثلاثا وعلى الام الثلث يجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على الورثة اثلاثا على الاب الثلثان
وعلى الام الثلث لان ميراثهما على هذا المقدار هو المذكور في رواية الخصاف والحسن بن زياد وفي ظاهر الرواية
ان النفقة كلها على الاب لقوله تع وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على رواية
الخصاف ان للاب في الصغير ولاية ومؤنة في حق نفسه حتى وجب صدقة فطره فلم يشاركه في نفقته
احد واما الكبير فلا ولاية له عليه فلم يكن في معنى نفسه وشاركه الام وفي غير الولد يعتبر قدر الميراث حتى
يكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا رواية واحدة فروع ينفق الاب على زوجة ابنه اذا كان صغيرا
فقيرا او كبيرا او زمنا لان ذلك من كفاية الصغير وقال في المبسوط ان للاب الجبر على نفقة زوجة الابن
ويجب على الابن نفقة خادم الاب اذا احتاج اليه لان خدمة الاب مستحقة على الابن فكذا نفقته من
يخدمه وكذلك زوجة الابن وفي المحيط نفقة قرابة الولاد الاقرب لان الله تعالى اوجب النفقة على
المولود له وانه مشتق من الولاد وهي الجزئية والبعضية باعتبار التوالد وانما نفقة ذي الرحم المحرم
لكونه اهلا للارث كما تقدم وجوبها بقدر الميراث بالاجماع لان وجوبها باسم الورثة فالمعسر
اذا كان له ابن وبنت فنفقته عليهما نصفان او بنت واخ فعلى بنته لانها اقرب وابن ابن
وبنت فنفقته على البنت لانها اقرب او بنت وبنت ابن وابن بنت فنفقته على اولاده دون
اخته واخ واخت لاب وام فالنفقة عليهما بقدر ميراثهما او اخت وعم فعليهما نصفان او ام
وجد فعليهما اثلاثا وروى الحسن عن ابي حنيفة ان كلها على الجد او ام وجد واخ فالثلث على الام والثلثان
على الجد وعندهما على الاخ والجد نصفان او عم او خال فالنفقة على العم او خال وابن عم فالنفقة على
الخال والميراث لابن العم وفي العمة والخالة ثلثان وثلث قال ولا يجب على الفقير فيشترط يسار
مكلف بنصاب يحرم الصدقة ويفتى به وقدره بالفاضل عن نفسه وعياله شهرا او من كسبه كل يوم لا يجب نفقة
على الفقير لانها انما تجب عليه صلة للرحم وهو يستحقها على غيره بخلاف نفقة الزوجة والولد الصغير
حيث تجب مع الفقر اما الزوجية فلانه التزم النفقة بالاقدام على العقد الذي يترتب عليه الاحتباس
ومصالح الزوجية لا تنتظم بدونها ولا يعمل في مثلها الاعسار واما الولد فلقيامه مقام نفسه
لمكان الجزئية ثم اليسار عند ابي يوسف مقدر بالنصاب لانه اذا لم يكن مالكا لمقدار النصاب يكون
اهلا للتصدق عليه فلا يكون موسرا فلا يواخذ بنفقة القريب المعسر وقال محمد هو مقدر بما يفضل
عن نفسه وعياله شهرا في رواية لانه يعد بذلك موسرا وفي رواية اخرى يقدر بما يفضل عن نفسه وعياله

من الكسب الدائم كل يوم بان يكتسب درهما يكفيه ثلثه فيجب صرف الثلثين الى قرابته لانه يقدر
على كفايته اعتبارا بالولد في حق الوالدين قال صاحب الهداية والفتوى على الاول يعني قول ابي
يوسف والنصاب هو النصاب الذي تتعلق به حرمان الصدقة يعني مقدار النصاب الفاضل عن
الحوائج الاصلية وهو غير نام مثل ثياب البذلة الفاضلة وغيرها ونصاب وجوب الزكوة هو
الذي يشترط فيه النماء حقيقة او حكما على ما عرف في الزكوة هذا النصاب يتعلق به امور اربعة حرمان
الصدقة ووجوب الاضحية وصدقة الفطر ونفقة الاقارب والتنبيه على هذا القيد من الزوائد وفرع
اذا كان له مسكن وخادم وهو محتاج تحل له الصدقة وتجب نفقته على اقاربه فان كان في مسكنه
ما يكفيه بعضه امر ببيع البعض وانفاقه على نفسه وكذا اذا كان ذو الرحم المحرم يا كل من الناس
يسقط نفقته عن قريبه ولو كانوا يعطونه نصف كفايته يسقط عن القريب نصفه قال ابو يوسف
اذا كان الابن فقيرا مكتسبا والاب ومن يشاركه في القوت بالمعروف وان لم يكن مكتسبا لزمانة او كان
مقعدا يتكففا الناس فنفقتهما في بيت المال وان كان الاب معسرا والام موسرة يؤمر الام
بالانفاق على الولد ثم ترجع على الاب اذا ايسر وكذلك اذا كان الاب اخ موسر امر بالانفاق وله ان يرجع
على الاب عند اليسار ويحبس الاب الاخ او الام اذا امتنع لان ذلك من المعروف واذا كان الفقير اب
وابن غنيان فالنفقة على الابن لان شبهة في ماله ولهذا الاكثر قال عليه السلام انت ومالك لابيك
قال وينفق المولى على عبده وامته قال عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم
اطعموهم مما تاكلون واكسوهم مما تكسون ولا تعذبوا عباد الله قال فان امتنع وله ما كسب انفقا منه والا
اجبر على بيعهما اذا امتنع المولى عن الانفاق على عبده وامته فان كان لهما كسب اكتسبا وانفقا من كسبهما
على انفسهما لان في ذلك نظرا لهما ببقائهما ونظرا للمولى ببقاء ملكه فيهما وان لم يكن لهما كسب بان كان
العبد زمنا او كانت الجارية لا تؤجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء
حقهما وابقاء حق المولى بالخلف عنهما وهذا بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا ونفقة
المملوك لا يصير دينا في ذمة المولى فكان ابطالا وبخلاف غير المماليك من الحيوان لعدم اهلية الاستحقاق
باعتبار عدم الذمة والذمة هي المعنى الشرعي الذي يصير المرء اهلا لوجوب الحقوق له وعليه
وسمي ذمة لانها خصيصة من العهد في ميثاق الله عز وجل السابق الى نوع الانسان هو السبب في ثبوت
هذا المعنى الشرعي فيكون من باب اطلاق اسم السبب على المسبب فاذا لم يكن من اهل الاستحقاق لا يجبر
على نفقتها لكنه يجبر على ذلك ديانة وبين الدليل انه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفي ترك الانفاق

عليه

عليه تعذيبه ونهى عن اضاعة المال وفيه تضييعه فلا يقضي باخبار ما بيناه والله اعلم بالصواب
فصل في الحضانة **قال** وتقدم الام على الاب في الحضانة ان طلبت الحضانة
ماخوذ من الحضن وهو ما دون الابط الى الكشح وحضنا الشيء جانباه وحضن الطير بيضه
حضنا اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه فكان المولى المتولي للولد يجعل الولد في حضنه اي جنبه
ولما كان الصغير عاجزا عن النظر في مصالح نفسه اقتضت عناية الشارع وكرمه ذلك الى من يقوم به
ففوض الولاية في الاموال والعقود الى الرجال لانهم اقوم بذلك واعرف به واقدر عليه و
فوض التربية الى النساء لانهن اشفق عليه واغنى واقوى على التربية ولهذا قدمت الام
على الاب والاصل ما فيه ما روي ان امراة اتت رسول الله فقالت يا رسول الله ان ابني هذا
كانت بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال رسول الله
عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي وعن سعيد بن المسيب ان عمر رضي الله عنه طلق زوجته
ام ابنه عاصم فتنازعا الى ابي بكر رضي الله عنه فقال ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر
بحضرة من الصحابة رضي الله عنهم ولان الدفع اليها انظر له فكان اولى ومعنى قوله ان طلبت انها لا تجبر
على الحضانة وكذا كل من له حق فيه لجواز عجزها عن ذلك بخلاف الاب حيث يجبر بعد استغناء
الولد عن حضانة الام على اخذه لان الصيانة واجبة وهذا القيد من الزوائد **قال** ثم امهاتها ثم ام الاب
والاصل في ذلك ان الولاية مستفادة من جهة الامهات فكانت جهة الام مقدمة على جهة الاب
قال وقدمناها الضمير عائد الى ام الاب فان ام الاب مقدمة على خالته وقال زفر هو رواية
محمد عن ابي حنيفة الخالة مقدمة على الجدة لقوله عليه السلام الخالة ام ولان الخالة من قوم ام وام الاب من
قوم الاب ولنا انها الجدة والجدة ام لانها اصله باعتبار تولده منها بواسطة ابيه والخالة اخت
الام وغير الام لا يزاحم الام وما رواه لا يدل على تقديمها عليها وانما هي يدل على ان هذا الوصف
لها باعتبار الشفقة فيقول الموجب اذا لم يكن من هو اولى منها **قال** ثم الاخت لابوين ثم للام ثم للاب
ثم الخالة مقدما للاشفق ثم لقرابة الام على قرابة الاب لما بيناه **قال** ثم الخالات ثم العمات
ويترتبن كذلك وانما تقدم الخالة لان قرابتها من جهة الام والعمة من جهة الاب فتقدم من كانت لاب
وام ثم لانها تدلي بجهتين ثم الخالة من الام ثم من الاب ترجيحا لقرابة الام ولا حق لها لمن لها
رحم غير محرم كبنات الاعمام والعمات وبنات الاخوال والخالات **قال** وسقط حق الحضانة اذا
تزوجت باجنبي ويعود بالطلاق لقوله عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي وفي حديث ابي بكر انه
احق به ما لم تشب او تتزوج

والان الصبي يلحقه الجفا من زوج امه غير فيسقط حقها للحضانة الا اذا قصدت بذلك لمكان شفقتها
نظرا له فان طلقها الاجنبي عاد حقها لارتفاع الموانع وهذه من الزوايد والقول قول المراة
في نفي الزوج لانها هي التي تنكر بطلان حقها في الحضانة بخلاف ما اذا كان الزوج ذا رحم محرم
من الصبي حيث لا يسقط الحضانة لوفور شفقته الام المضافة الى شفقة القريب وهذا بان
تزوجت الام بعم الجد او بالجد قال واذا استغنى الغلام عن الخدمة قيل بسبع او تسع اجبر الاب
على اخذه الحاضنة احق بالغلام حتى يستغني عن الخدمة فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده
ويستنجي وحده وقدره ابو بكر الرازي بتسع سنين والخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب والقول
والحكم بالاختيار من الزوايد واما انتهاء حق الحضانة بالاستغناء عن الخدمة فلزوال العجز الذي
هو السبب لعدم قدرة الصغير على خدمة نفسه وانما اجبر الاب على اخذه لاحتياجه عند ذلك الى التاديب
بآداب الرجال والتخلق باخلاقهم وتعليم القرآن والعلم والحرف والتحصين وهو بذلك كله اعرف
وعليه اقدر فكان به احق واجدر ولذا امتنع عنه اجبر لان حق الصيانة والتاديب عليه قال
ويمكث الجارية عند الام والجدة حتى تحيض لان بعدما استغنت عن الخدمة تحتاج الى التاديب
باداب النساء والام على ذلك اقدر واعرف واذا بلغت احتاجت الى التحصين والحفظ والاب على ذلك
اقوى واقدر قال وعند غيرهما حتى تشتهى لان غير الام والجدة لا يقدر على استخدامها فلا يحصل
التاديب ولا كذلك الام والجدة لقدرتهما على ذلك شرعا قال والولد عند الذمية حتى يخاف ان يألف
الكفر الذمية احق بالولد المسلم ما لم يعقل الاديان ويخاف عليه ان يألف الكفر الحضانة نظرا له فاذا
عقل الاديان وخيف عليه الكفر لا يدفع اليها لانعدام النظر له قال ولا حق للامة وام الولد فيه قبل العتق
الامة وام الولد لا حق لهما في الحضانة قبل العتق لعجزهما عن الحضانة بسبب الاشتغال بخدمة
المولى ولان الحضانة من باب الولاية ليستا باهل فاذا اعتقتا صارتا كالحرة في حق الولد لانهما حرتان
او ان يتوب الحق قال واذا لم يكن له امراة فاختصم فيه الرجال قدم اقربهم تعصيبا اذا لم يكن
للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاوليهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بسبب
القريب وذلك اذا استغنى عن الحضانة فاوليهم من الرجال اقربهم تعصيبا فروع لا تدفع
الصبية الى العصبة الغير المحرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا من الفتنة ولا الى محرم فاسق
ماجن لا يؤمن فسقه فان لم يكن لها الا ابن العم فان شاء القاضي ضمها اليه ان كان اصلح لها والا
وضعها عند امراة امينة فلو كان الاخ مخوفا عليها منه يضعها القاضي عند امراة ثقة [illegible]
قال

[illegible]
قبل الاستغناء لاستقلاله في ذلك انتهى حق الام من الحضانة وهو من الزوايد قال ولا الام من المصر
الا الى وطنها الذي تزوجها فيه الا اذا كان دار الحرب [illegible] الاضرار بالاب واما المستثنى منه
[illegible] الاول فلان دار الحرب وان كان وطنها وقد تزوجها فيه لكن في جواز اخراج الولد اليه اضرار به
من حيث انه يعتاد اخلاق الكفار ويألف الكفر وهذا ايضا من الزوايد فروع فلما ارادت
الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان العقد فيه فلم يجز في رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير
جواز ذلك لان العقد اذا وجد في مكان استتبع احكامه كما يوجب عقد البيع التسليم في مكانه
وحق امساك الاولاد من احكام عقد النكاح ووجه الاول وهو الصحيح المذكور في الكتاب ان العقد
في دار الغربة ليس التزاما للمكث ولا اقامة فيه عرفا فلا يولد الجواز من شرط كون المكان وطنا
لهما ووجد النكاح فيه وهذا اذا كان بين المصرين تفاوت فان تقاربا بحيث يتمكن الوالد من الجمع
بين الاطلاع على الولد والبيتوتة بمنزله فلا باس به وكان كالنقلة من محلة الى محلة اخرى في
مصر متباعد الاطراف والقريتان كالمصرين ولها ان تنتقل من القرية الى المصر لان في ذلك نظرا
الصغير من حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس لها ان تنتقل من المصر الى القرية لان في ذلك
ضررا للصغير حيث يألف اخلاق اهل السواد وجفاهم فلا يجوز والله اعلم بالصواب

كتاب العتق

قال من مقدمة يتوقف معرفة مسائل
العتق على معرفتها وهي الاحاطة بتفسير ملك الرقبة وملك اليد والعتق والاعتاق والرق واما
ملك الرقبة فعبارة عن ثبوت معنى في المحل يوجب اختصاصه ذلك لمن يثبت له ذلك المعنى فيه
واما ملك اليد فهو عبارة عن القدرة على التصرفات الشرعية على وجه لا يلحقها تبعة ولا اعتراض
كما في مال الصبي فان ملك الرقبة للصبي وملك اليد فيه لابيه واما العتق فعبارة عن قوة شرعية
يثبت في المحل فيجعل قادرا على التصرفات الشرعية واهلا لثبوت ولاية القضاء والشهادة
والسلطنة والتزويج والحج وغيرها يقال عتق الطاير اذا قوي وطار عن وكره وعتاق
الطير اقوياؤها وفرس عتيق قوي واما الرق فنقيض العتق عبارة عن ضعف شرعي
يثبت في المحل فيعجزه عن التصرفات الشرعية ويسلبه اهلية ثبوت القضاء والشهادة والسلطنة
والتزويج وغير ذلك يقال ثوب رقيق اي ضعيف ورق قلبي له لان ضعف اشفاقا عليه
واما الاعتاق فاثبات العتق عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان وزان الافعال الاثبات [illegible]

[illegible] الثلاثاء [illegible]

وعند ابي حنيفة رحمه الله هو اثبات الفعل المفضي الى حصول العتق فان الثابت
والرق حق المولى لانه هو المنتفع به والرق حق الله تعالى لانه اثر الكفر فان الكفار لما استنكفوا
عن عبادة الله تعالى ضرب عليهم الرق المنتهى الى غاية زوال الملك بالكلية وجعلهم عبيد عبيده
جزاء على تمردهم واستنكافهم عن عبادته فالمولى يقدر على ازالة ما هو خالص حقه فهو يزيل
الملك دون ما هو حق الله تعالى وهو الرق فيلزم ان لا يكون الاعتاق ازالة الرق بل الاعتاق
ازالة الملك الذي يكون زواله لا الى احد غاية الرق فيكون فعل المولى مفضيا الى ثبوت العتق
فيسمى فعله اعتاقا قال لان وزان الافعال لا يكون لاثبات اثر الفعل لكون الفعل المفضي الى اثره
ملكا يقال لمن احرق ماله اتلفه وكذا يقال لمن بنى على دخنة او معدن سيل اتلف ماله اي جعل
فيه ما يفضي الى تلفه ويبتني على هذا الحرف مسألة تجزي الاعتاق وعدمه فاذا اعتق نصفه عنده
فقد اثبت العتق عنده ما في نصفه اثبات لا زوال له لاستحالة تجزي العتق وعندهما اذا اعتق نصفه فقد
ازال ملكه الى احد عن نصفه ولا يستلزم ذلك زواله عن النصف الاخر فانه قابل للتجزي كما في الهبة او
من آخر ولكن يثبت للعبد استحقاق الحرية بزوال الملك في نصفه لا الى احد حيث اشرف على غاية
الرق وهو زوال الملك بالكلية فيزول ملكه عن النصف الاخر باستسعاء بدنه زوال الرق وثبت
بخصه وهو العتق دفعة واحدة قال ويصح في الملك او مضاف اليه من قادر على التبرعات اما الملك
فلانه لا يصح عتق العبد وهو في ملك غيره وقال الشافعي لا عتق فيما لا يملك ابن آدم واما الاضافة الى
الملك فقد مر الكلام في باب الطلاق وهو من الزوائد هنا واما صحته ممن يقدر على التبرعات
فلان العتق تبرع فلا يصح صدوره ممن لا يقدر عليه فلا يصح من الحر لانه لا يصح الا في الملك ولا ملك
لمملوك ولا يصح الا من بالغ لان الصبي ليس باهل العتق لكونه ضررا ظاهرا في حقه الا ترى ان الولي
لا يملكه عليه ولا يصح الا من عاقل لان المجنون ليس من اهل التصرف ولهذا لو قال البالغ قد اعتقت وانا
صبي او قال المعتق وانا مجنون وكان جنونه ظاهرا فالقول قولهما لانهما اسندا العتق الى حالة منافية
لصحته وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه حر اذا احتلمت لا ينعقد لانه ليس باهل للاقوال الملزمة قال
فصريحه انت حر او معتق او يا عتيق او يا حر الا ان يكون علما الفاظ العتق ثلثة اقسام صريح
وكناية وما هو ملحق بالصريح اما الاول فالصريح يقع به العتق من غير نية كقوله انت حر او انت
معتق او محرر او قد حررتك او عتيق او قد اعتقتك لانها الفاظ تستعمل في العتق شرعا وعرفا فاغنى
عن النية وضعها وان كان اخبارا لان الشرع جعلها انشاء للحاجة كما في البيع والطلاق وغيرهما